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)

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/566

Tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial*

[Original: inglés]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		78
Obras citadas en el presente informe		78
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1-2	80
Capítulo		
I. COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DE LOS GOBIERNOS ACERCA DEL PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	3-22	80
A. Tendencias destacadas	3-4	80
B. Aclaraciones sobre algunas cuestiones planteadas	5-22	82
1. La cuestión del umbral	7-8	82
2. Aclaraciones sobre la lista de actividades abarcadas por el tema	9	83
3. Ampliación del ámbito de aplicación	10	83
4. Daños al medio ambiente *per se* y reclamaciones de indemnización por daños causados a un valor de «no uso»	11-14	84
5. Multiplicidad de reclamaciones	15-18	85
6. Condición jurídica del proyecto de principios	19-22	86
II. EXAMEN DE ALGUNOS DE LOS ASPECTOS DESTACADOS DEL PROYECTO DE PRINCIPIOS	23-37	87
A. Criterio o principio de precaución	24-26	88
B. El principio de quien contamina paga: responsabilidad objetiva y limitada del operador	27-30	89
C. Obligaciones destacadas de los Estados	31-32	91
D. Principio de no discriminación y estándares mínimos	33-35	92
E. Garantía de una pronta y adecuada indemnización	36-37	92
III. FORMA DEFINITIVA DEL PROYECTO DE PRINCIPIOS	38-44	93
IV. RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE PRINCIPIOS Y EL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS	45-46	94

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

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C325, 24 de diciembre de 2002.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Tratado Antártico (Washington D. C., 1.º de diciembre de 1959)	Ibíd., vol. 402, n.º 5778, pág. 87.
Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Madrid, 4 de octubre de 1991)	*Informe Final de la XI Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1991, pág. 109.
Anexo VI al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Responsabilidad emanada de emergencias ambientales (Estocolmo, 17 de junio de 2005)	*Informe Final de la Vigésima Octava Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico*, Buenos Aires, Secretaría del Tratado Antártico, 2005, pág. 67.
Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de septiembre de 1968)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 41, n.º 98/C 27/01, 26 de enero de 1998, pág. 1.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Lugano, 16 de septiembre de 1988)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 319, 25 de noviembre de 1988, pág. 9.
Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990 (Londres, 30 de noviembre de 1990)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1891, n.º 32194, pág. 120.
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Ibíd., vol. 2105, n.º 36605, pág. 457.
Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998)	Ibíd., vol. 2244, n.º 39973, pág. 480.
Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de enero de 2000)	Ibíd., vol. 2226, n.º 30619, pág. 208.

Obras citadas en el presente informe

AUSTIN, Jay E. y Carl E. BRUCH

«The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues», en Jay E. Austin y Carl E. Bruch (eds.), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, págs. 647 a 664.

BAXTER, R. R.

«Multilateral treaties as evidence of customary international law», BYBIL, vol. 41 (1965-1966), págs. 275 a 300.

«Treaties and custom», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1970-I*, t. 129 (1971), Leiden, Sijthoff, págs. 25 a 105.

BERNASCONI, Christophe y Gerrit BETLEM

«Transnational enforcement of environmental law», *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16–21 August 2004*, Londres, ADI, 2004, págs. 896 a 933.

BIRNIE, P. W. y A. E. BOYLE

International Law and the Environment, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.

BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja

«The precautionary principle in Germany. Enabling government», en Tim O'Riordan y James Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Earthscan, 1994, págs. 31 a 60.

BOUTILLON, Sonia

«The precautionary principle: development of an international standard», *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 23, n.º 2 (primer trimestre de 2002), págs. 429 a 469.

BOYLE, Alan

«Globalising environmental liability: the interplay of national and international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 17, n.º 1 (2005), págs. 3 a 26.

BRIGGS, Herbert W.

The International Law Commission, Ithaca (Nueva York), Cornell University Press, 1965.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 6.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio

International Law, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

CHARNEY, Jonathan I.

«Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, págs. 149 a 177.

CRAWFORD, James

The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

CUPERUS, K. W. y A. E. BOYLE

«Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12–17 August 1996*, Londres, ADI, 1996, págs. 403 a 411.

DE SADELEER, Nicolas

Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules, Oxford, Oxford University Press, 2002.

DUPUY, Pierre-Marie

«La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement», *Revue québécoise de droit international*, vol. 7, n.º 2 (1991-1992), págs. 135 a 144.

FREESTONE, David

«The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit», *Journal of Environmental Law*, vol. 6 (1994), págs. 193 a 218.

KAMMERHOFER, Jörg

«Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems», *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 3 (junio de 2004), págs. 523 a 553.

KISS, Alexandre y Dinah SHELTON

International Environmental Law, Ardsley-on-Hudson (Nueva York), Transnational Publishers, 1991.

KOESTER, Veit

«Global environmental agreements. Drafting, formulation and character», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n.º 4-5 (octubre de 2005), págs. 170 a 183.

LAMMERS, J. G.

Pollution of International Watercourses. A search for substantive rules and principles of law, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984.

LARSSON, Marie-Louise

The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation, Estocolmo, Norstedts Tryckeri, 1999.

LEFEBER, René

Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability, La Haya, Kluwer, 1996.

LEIGH, Kathy

«Liability for damage to the global commons» *Australian Year Book of International Law*, vol. 14 (1993), págs. 129 a 156.

MAHIOU, Ahmed

«Rapport général», Société Française pour le Droit International, Colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, París, Pedone, 1999, págs. 11 a 65.

MCINTYRE, Owen y Thomas MOSEDALE

«The precautionary principle as a norm of customary international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 9, n.º 2 (1997), págs. 221 a 241.

NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET

Droit international public, 7.ª ed., París, LGDJ, 2002.

OKOWA, Phoebe N.

State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law, Oxford, Oxford University Press, 2000.

«Procedural obligations in international environmental agreements», BYBIL, vol. 67 (1996), págs. 275 a 336.

REID, Elspeth

«Liability for dangerous activities: a comparative analysis», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 48 (1999), págs. 731 a 756.

REST, Alfred

«Need for an International Court for Environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24, n.º 4 (1994), págs. 173 a 187.

SAND, Peter H.

«Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n.º 6 (diciembre de 2005), págs. 244 a 281.

SANDS, Philippe

Principles of International Environmental Law, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SCHACHTER, Oscar

«International law in theory and practice. General course in public international law», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1982-V*, t. 178 (1982), Martinus Nijhoff, págs. 9 a 395.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 5.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

SINCLAIR, Ian

The International Law Commission, Cambridge, Grotius, 1987.

SMETS, Henri

«Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement», *Revue Européenne de Droit de l'Environnement* (Limoges), n.º 1 (2000), págs. 3 a 33.

STOLL, Peter-Tobias

«Transboundary pollution», en Fred L. Morrison y Rüdiger Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haya, Kluwer, págs. 169 a 200.

VON BAR, Christian

«Environmental damage in private international law», en *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1997*, t. 268 (1999), La Haya, Martinus Nijhoff, págs. 291 a 411.

WOLFRUM, Rüdiger

«Purposes and principles of international environmental law», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), págs. 308 a 330.

«International environmental law: Purpose, principles and means of ensuring compliance», en Fred L. Morrison y Rüdiger Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haya, Kluwer, págs. 3 a 70.

XUE, Hanqin

Transboundary Damage in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Introducción

1. En su 56.° período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de Derecho Internacional aprobó en primera lectura el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[1]. En el párrafo 3 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, y el párrafo 3 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus observaciones acerca del proyecto de principios. En general, el proyecto de principios fue bien recibido por las delegaciones participantes en el debate sobre el informe de la CDI en la Sexta Comisión durante el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en 2004. Se manifestó una gran satisfacción por el hecho de que la CDI hubiera podido producir el proyecto de principios con tanta rapidez, en el plazo de un año a partir del momento en que la Asamblea destacó la importancia de que la Comisión concluyera la parte restante de su mandato en relación con el tema del programa titulado «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»[2]. Se recordará que, en su quincuagésimo sexto período de sesiones, celebrado en 2001, la Asamblea General, al tiempo que expresó su reconocimiento por la valiosa labor realizada sobre la cuestión de la prevención[3], pidió a la Comisión que reanudara su labor sobre los aspectos relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos[4]. Además de las observaciones formuladas en la Sexta Comisión, algunos gobiernos también presentaron comentarios y observaciones acerca del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida que la CDI concluyó en primera lectura en 2004[5].

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

[1] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 175.

[2] Véase la declaración de los Países Bajos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones*, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 47.

[3] Para el texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156, párr. 97.

[4] Resolución 56/82 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, párr. 3.

[5] Documento A/CN.4/562 y Add.1, reproducido en el presente volumen.

Capítulo I

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

A. Tendencias destacadas

3. Un análisis de los comentarios y observaciones efectuados por los gobiernos en sus respuestas escritas y en sus declaraciones sobre el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en la Sexta Comisión permite observar las tendencias siguientes:

a) En general, los Estados acogen con beneplácito el criterio básico de la Comisión en el sentido de que el proyecto debe tener un carácter general y residual, dejando a los Estados flexibilidad para definir regímenes de responsabilidad específicos para sectores de actividad particulares, teniendo en cuenta las circunstancias peculiares pertinentes[6];

b) Existe un amplio reconocimiento del enfoque consistente en asignar la responsabilidad principal al operador de la actividad, es decir, a la persona que dirija o controle la gestión del riesgo en el momento de producirse el incidente que da lugar al daño transfronterizo[7];

c) Teniendo en cuenta el carácter de las actividades que está previsto incluir en el ámbito del proyecto, es decir, las actividades peligrosas, se apoya la idea de la responsabilidad objetiva del operador. Se entiende también que esa responsabilidad es limitada. Por otra parte, habría excepciones a la responsabilidad del operador. No obstante, esas excepciones deben ser pocas[8]. En este marco, se hicieron sugerencias sobre la inclusión de una presunción rebatible de conexión causal entre la actividad peligrosa y el daño transfronterizo. De este modo, la carga

[6] Véase Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones (A/CN.4/549/Add.1), párr. 58. Sin embargo, Alemania ponía en duda el valor del enfoque flexible, ya que a su juicio el régimen sugerido por la Comisión no se aplicaría de manera automática (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 4).

[7] A/CN.4/549/Add.1, párr. 63. Véanse también las observaciones del Pakistán en el documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. A, reproducido en el presente volumen, y de Uzbekistán, ibíd. En sus observaciones, el Reino Unido, si bien apoyaba enérgicamente la responsabilidad del operador y el principio de quien contamina paga, se oponía a asignar responsabilidades al Estado, incluso la responsabilidad secundaria o subsidiaria (ibíd.).

[8] Véanse las declaraciones de Austria en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 55. Sin embargo, el Reino Unido sugirió que el régimen de responsabilidad objetiva se planteara en términos menos rígidos y consideró que tal vez no fuera aplicable de forma general a todas las actividades peligrosas (documento A/CN.4/562 y Add.1, reproducido en el presente volumen).

de la prueba recaerá en el operador, que deberá demostrar que no es responsable[9];

d) Considerando que la forma preferida de responsabilidad del operador es la responsabilidad objetiva pero limitada, también se mostró apoyo a la posibilidad de financiación complementaria de distintas fuentes para asignar la pérdida y reducir en la mayor medida posible la carga que representaría para las víctimas del daño transfronterizo tener que asumir la pérdida, debido a esa responsabilidad limitada. A este respecto, se preveía que el Estado de origen participara en cualquier plan de financiación complementaria que se estableciera[10]. Recordando la obligación del Estado de origen de velar por que cualquier actividad peligrosa que se realice en su territorio o en zonas que estén bajo su jurisdicción y control exclusivos se lleve a cabo con su autorización previa, y que dicha autorización previa sólo debe otorgarse con la condición de que el operador utilice los mejores medios y diligencias posibles para gestionar el riesgo de daños transfronterizos, se afirma que también habría que requerir del operador que dispusiera de los medios financieros necesarios para atender demandas de indemnización en caso de que se produjeran daños transfronterizos. Se sugirió que ello podría lograrse haciendo que el operador contratara un seguro apropiado o mediante garantías bancarias y otras garantías financieras apropiadas[11];

e) También se puso de relieve la importancia de tener acceso a recursos; tanto el Estado de origen como los otros Estados afectados deberían otorgar a las víctimas de un daño transfronterizo acceso a foros judiciales y otros foros administrativos para presentar sus demandas de indemnización sin discriminación alguna y reclamar los mismos recursos de que disponen las víctimas nacionales de los mismos daños[12]. Cuenta con algún apoyo la idea de establecer ciertos criterios mínimos en relación con los recursos de que dispondrán y las indemnizaciones que podrán recibir todas las víctimas de daños resultantes de la actividad peligrosa, y de exigir que los Estados los reconozcan igualmente en su legislación nacional[13]. Dicho de otro modo, ya no se considera aceptable con arreglo al derecho internacional que un Estado autorice en su territorio una actividad peligrosa que pueda causar daños transfronterizos y no haya establecido legislación que contemple recursos apropiados e indemnizaciones en caso de un incidente que provoque daños transfronterizos. Sin embargo, según una opinión, esta obligación del Estado se trata como una obligación de diligencia debida, sin perjuicio de las circunstancias particulares del país o de los países de que se trate[14];

f) La definición amplia de daños —de forma que se incluyan los daños a las personas, a los bienes y al medio ambiente *per se*— en la jurisdicción nacional también ha dado lugar a comentarios favorables[15]. Se hicieron asimismo sugerencias al efecto de incluir los daños a espacios públicos internacionales que están más allá de la jurisdicción nacional, tal vez en la medida en que el daño causado a esos espacios pueda relacionarse directamente con la actividad peligrosa de que se trata[16]. Sin embargo, a juicio de algunos gobiernos, la cuestión de la posibilidad de presentar demandas en caso de daños al medio ambiente *per se*, y el tipo de denuncias que serían admisibles, incluso las denuncias relativas al «valor de no uso», son cuestiones que están por resolver y que tal vez sería mejor dejar para un examen separado o que fueran reguladas por la legislación nacional[17];

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

---

[9] Véanse también las observaciones de México en el documento A/CN.4/562 y Add.1, reproducido en el presente volumen, secc. C.

[10] A/CN.4/549/Add.1, párrs. 66, 68, 90 y 91. Véanse también las declaraciones de Portugal, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 19.ª sesión (A/C.6/59/SR.19), párr. 15; la Federación de Rusia, ibíd., párr. 64; México, ibíd., 25.ª sesión (A/C/6/59/SR.25), párr. 48, y Sierra Leona, ibíd., párr. 52. No obstante, el Reino Unido señaló que asignar al Estado algún tipo de responsabilidad subsidiaria sería problemático (ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 36). Kenya consideraba que el papel del Estado debía ser más limitado y que el comentario debería aclarar que el Estado de origen no tiene la obligación de reservar fondos, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/59/SR.20), párr. 18.

[11] Ibíd., declaraciones de Alemania, 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 5. El Reino Unido señaló que la contratación de seguros y la obtención de otras garantías financieras no era fácil y que esa obligación no debía imponerse de manera rígida (documento A/CN.4/562 y Add.1, reproducido en el presente volumen).

[12] El Reino Unido consideraba que la cuestión del acceso a recursos administrativos y judiciales nacionales en relación con demandas por daños transfronterizos está regida por el derecho internacional privado y debe estar sujeta a esos principios (ibíd.).

[13] Declaración de los Países Bajos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 49. Véanse también las observaciones de los Países Bajos, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. E, reproducido en el presente volumen.

[14] Véase la declaración de la India en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 11. Véase también el documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. E, reproducido en el presente volumen.

[15] Unas pocas delegaciones se opusieron a la inclusión del medio ambiente *per se* en la definición de daños que figura en el principio 2, por considerar que las pérdidas ambientales mencionadas en el inciso iii) del apartado *a* del proyecto de principio 2 no admitían una fácil cuantificación monetaria, además de causar dificultades para establecer el *locus standi* y una conexión causal entre la actividad en cuestión y el daño al medio ambiente (véase A/CN.4/549/Add.1, párr. 77). Con todo, esos problemas no son insolubles. Véase más adelante y *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 2, párr. 12 del comentario.

[16] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Italia, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 85, y Nueva Zelandia, ibíd., párr. 89. Véanse también las observaciones de los Países Bajos, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. D, reproducido en el presente volumen.

[17] Véase A/CN.4/549/Add.1, párrs. 76 y 77. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de China, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 69; la India, ibíd., 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 10, y la Federación de Rusia, ibíd., 19.ª sesión (A/C.6/59/SR.19), párr. 62. El Reino Unido consideró que, habida cuenta de las complejidades que entraña la cuestión de la capacidad procesal y de la cuantificación de los daños al medio ambiente *per se*, sería mejor que se tratara en el comentario. Opinaba también que las reclamaciones de los Estados relativas a esos daños deberían quedar fuera del alcance del proyecto de principios, y que éstos deberían limitarse a las reclamaciones de partes privadas (documento A/CN.4/562 y Add.1, reproducido en el presente volumen).

[18] A/CN.4/549/Add.1, párr. 65. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos, México, los Países Bajos, la República Checa y Uzbekistán, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. F, reproducido en el presente volumen. Según esos comentarios, si bien la intención básica

(Continuación en la página siguiente.)

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

B. Aclaraciones sobre algunas cuestiones planteadas

5. En sus observaciones, los Estados también solicitaron otras aclaraciones. Por ejemplo, algunas delegaciones cuestionaron la decisión de la Comisión de aplicar el régimen propuesto sólo en caso de daños importantes[19]. Además, en tanto que el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se ocupa de las actividades peligrosas que entran en su ámbito de aplicación, se expresó la opinión de que sería útil incluir en los comentarios una lista ilustrativa de esas actividades[20]. Se sugirió que se ampliara el alcance del proyecto de principios de forma que incluyera la responsabilidad por los daños transfronterizos causados a Estados neutrales en caso de guerra entre dos o más Estados; o la responsabilidad resultante de actividades peligrosas realizadas por terroristas o del almacenamiento de agua en represas[21]. Otras aclaraciones solicitadas se refieren a la definición de términos, particularmente la definición amplia de daños; la relación entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[22] y el derecho de un Estado de presentar una demanda como víctima de daños causados a la propiedad pública; los métodos y los medios para lograr una compensación pronta y adecuada; y el papel del principio de quien contamina paga y del principio de precaución. Con arreglo a un punto de vista expresado, se consideraba que el régimen propuesto no debía generar una multiplicidad de reclamaciones[23], y que dicha multiplicidad de reclamaciones podría producirse si se presentaran demandas de indemnización por una misma causa contra el operador y contra el Estado en la misma jurisdicción, o demandas contra el Estado en una jurisdicción y contra el operador en otra jurisdicción, o contra el operador en múltiples jurisdicciones al mismo tiempo. Según otro punto de vista, se solicitaba que se aclarase el carácter del proyecto de principios, por considerar que la actividad de la Comisión iba más allá de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en el sentido tradicional[24]. Se señaló que el proyecto de principios «es claramente innovador y representa una aspiración, y no es descriptivo del derecho actual ni de la práctica de los Estados»[25].

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

1. La cuestión del umbral

7. Comenzando con la opinión manifestada en el sentido de que no hay que prescribir ningún umbral en caso de daños transfronterizos aun cuando dicho umbral se considere útil y necesario para los fines del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, basta señalar que esta cuestión se ha debatido en diversas etapas del examen del tema, particularmente antes de que éste se dividiera en dos partes, prevención y responsabilidad, y que en todas las etapas se consideró necesario establecer un umbral[26]. A

(Continuación de la nota 18.)

del proyecto de principios es aceptable, éstos pueden mejorarse o tal vez puedan aclararse mejor las cuestiones que se dirimen, y también se han hecho algunas sugerencias concretas. El Reino Unido señaló, con respecto al principio 5, que el proyecto de principio no aclaraba suficientemente la base de la obligación del Estado de adoptar medidas correctivas; por otra parte, el principio 4 debería incluir un requisito que impusiera al operador la obligación de adoptar medidas correctivas, como hacía 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*, L 143, 30 de abril de 2004]; con respecto al principio 7, que era importante alentar instrumentos no vinculantes tanto entre los Estados como entre entidades distintas de los Estados, ya que no siempre era fácil llegar a un acuerdo sobre instrumentos vinculantes; y con respecto al principio 8, que la cuestión de la aplicación era un asunto interno y no debía formar parte del proyecto de principios (ibíd.).

[19] Véanse las observaciones de los Países Bajos, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. C, reproducido en el presente volumen. Los países nórdicos también se opusieron al uso del umbral definido por el adjetivo «sensible» para caracterizar los daños que quedarían abarcados por el proyecto de artículos (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 95; véase también A/CN.4/549/Add.1, párr. 73). Véanse también las observaciones del Pakistán en el documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. A, reproducido en el presente volumen. Por otra parte, el Reino Unido sugirió que el umbral se elevara para incluir los «daños graves», y sólo los daños graves previsibles (ibíd.).

[20] Véanse las observaciones del Pakistán en ibíd.

[21] Ibíd.

[22] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

[23] Véanse las observaciones de la República Checa y del Reino Unido, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. A, reproducido en el presente volumen. Véase también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones del Reino Unido, 18.ª sesión (A/C.6/59/SR.18), párr. 35.

[24] Ibíd., párr. 34. Véase también A/CN.4/549/Add.1, párr. 62.

[25] Véanse las observaciones de los Estados Unidos, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. A, reproducido en el presente volumen.

[26] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), págs. 210 a 212, párrs. 87 a 98. Mientras que el Sr. Quentin-Baxter propuso un umbral más elevado de «daños […] apreciables» (ibíd., pág. 211, párr. 90), en el apartado *a* del proyecto de artículo 2 aprobado provisionalmente en 1994 se sugería un umbral más bajo, «daño […] sensible» (ibíd., pág. 211, párr. 94), que fue aprobado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de 1996 (ibíd., pág. 212, párr. 95). Entonces se aclaró que el concepto de daño «sensible» significaba más que «detectable» pero menos que daño «grave» o «sustancial». Además, se entendió que significaba un daño que no era *de minimis*, es decir, que no era insignificante

este respecto, hay que observar que, con la posible excepción de la contaminación radiactiva, los Estados toleran en sus relaciones mutuas cierto grado de contaminación, y se suele considerar que la adopción de medidas sólo es necesaria si la contaminación es importante[27]. Si bien el umbral «sensible» ha ganado crédito y aceptación en el contexto del tema de la responsabilidad internacional, es claro que «se determina por criterios reales y objetivos e implica un juicio de valor que depende de las circunstancias de cada caso y del momento en que se formule ese juicio»[28]. Por tanto, una privación que se considere sensible en un momento o en una región determinados puede no serlo necesariamente en otro momento o en otra región. Así pues, la cuestión de especificar un umbral es un asunto de política que ha recibido apoyo considerable en la Comisión a lo largo del examen de este tema. Por otra parte, un aspecto que hay que reiterar es que el propósito del umbral es impedir demandas frívolas o malintencionadas y que se define de este modo a fin de permitir en la práctica todas las reclamaciones que se refieran a un nivel de daños que no sea insignificante. Teniendo esto en cuenta, no parece haber razones de peso para modificar el criterio adoptado por la Comisión con respecto a mantener el umbral de daño «sensible» en relación con los aspectos de responsabilidad del tema.

8. También se manifiesta la opinión de que prescribir un umbral tal vez contravenga el principio de no discriminación. Esto se afirma suponiendo que los nacionales del Estado de origen tendrían derecho a ser indemnizados incluso por daños triviales, mientras que las víctimas de daños transfronterizos sólo tendrían derecho a indemnización en caso de que se produjeran daños sensibles. Éste podría ser un problema más teórico que presente o práctico, ya que se desconoce la práctica que puedan aplicar los Estados. En cualquier caso, el derecho internacional tolera ciertas formas de discriminación de trato entre nacionales y extranjeros. En la medida en que el trato sea acorde con las normas mínimas sancionadas por el derecho internacional, como sucede con el principio de la indemnización por daños transfronterizos sensibles, cabe argumentar que no se producirá ninguna transgresión del principio de no discriminación si, en virtud del derecho nacional, los nacionales tienen derecho a reclamar una indemnización incluso si no han sufrido daños sensibles[29]. Desde otra perspectiva, no puede descartarse que un Estado llegue a otorgar a los extranjeros el mismo trato que concede a sus nacionales, en aplicación del principio de no discriminación o bien porque decida aplicar a las víctimas extranjeras un estándar más favorable que el que requiere o exige el derecho internacional[30].

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

9. En segundo lugar, con respecto a la necesidad de especificar una lista de actividades que pueden considerarse abarcadas por el proyecto de principios, es apropiado remitirse al párrafo 3 del comentario al proyecto de principio 1[31]. La cuestión de especificar una lista de actividades fue estudiada atentamente por la Comisión, que decidió no hacerlo. Aclaró que era difícil capturar los distintos elementos que constituyen actividades de riesgo, ya que éste «depende principalmente de la aplicación de una tecnología determinada, del contexto específico en que se realiza y de la manera en que se ha llevado a cabo»[32].

3. Ampliación del ámbito de aplicación

10. En tercer lugar, se puede considerar la posibilidad de ampliar el alcance del proyecto de principios de manera que incluya la responsabilidad resultante de actos de guerra por los daños causados a Estados neutrales, por una «actividad peligrosa causada por actos de terrorismo» y por el «daño transfronterizo causado por una actividad inocua, como el almacenamiento de agua en represas»[33]. Cabe recordar que desde el principio mismo se consideró que el tema se refería sólo a las «actividades no prohibidas por el derecho internacional» y que las actividades ilícitas *per se* quedaban excluidas[34]. El proyecto de princi-

(ibíd., párr. 97, nota 140). Se sugería también que, dado que el tema se refiere a actividades que no están prohibidas por el derecho internacional, no era posible establecer un umbral más bajo (ibíd., párr. 97).

[27] Véase Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, pág. 176. Lefeber, en *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, págs. 86 a 89, señala que se percibe la necesidad de un umbral y examina los motivos y las posibles formas de explicar el significado del umbral del «daño *sensible*». Véase también Lammers, *Pollution of International Watercourses. A search for substantive rules and principles of law*, págs. 346 y 347, y Wolfrum «Purposes and principles of international environmental law», pág. 311. Véanse también las Directrices sobre la responsabilidad por la contaminación transfronteriza de las aguas, de la CEPE, 20 de noviembre de 1990 (ENVWA/R.45, anexo).

[28] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 212, párr. 98.

[29] Brownlie (*Principles of Public International Law*, pág. 502) observó en un contexto distinto, aunque comentando la norma del trato nacional:

«El acceso a los tribunales puede mantenerse, aunque con normas modificadas respecto de las cuestiones subsidiarias: de este modo, un extranjero tal vez no tenga acceso a asistencia letrada y tal vez tenga que aportar una garantía para cubrir los costos. Por supuesto, pueden crearse por tratado variaciones de carácter más general. Las distintas normas de trato que suelen utilizarse son las siguientes: las de la reciprocidad, de puertas abiertas, de buena vecindad y de trato idéntico, nacional, de nación más favorecida, equitativo y preferente.»

Schachter («International law in theory and practice. General course in public international law», pág. 321), señala que si bien la igualdad de trato es una norma muy loable, «no justifica la responsabilidad internacional por acciones del Estado basándose en condiciones que rigen el comercio transnacional y las políticas económicas de los Estados afectados». Por otra parte, este autor creía que «el principio de la no discriminación debería conllevar una responsabilidad y requerir medidas preventivas por parte de los Estados que mantienen la discriminación basándose en prejuicios sociales o que actúan contra nacionales de otros países como represalia por las políticas de sus gobiernos».

[30] Cabe señalar también que el derecho internacional, como consecuencia del considerable desarrollo del derecho de los derechos humanos, reconoce ciertas normas mínimas de trato a los extranjeros en las jurisdicciones nacionales, sin discriminar entre nacionales y extranjeros y tratando a todos como personas merecedoras de protección de sus derechos humanos (véase Cassese, *International Law*, pág. 122, y Shaw, *International Law*, pág. 736).

[31] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 176.

[32] Ibíd. No obstante, véase también la nota 366, que incluye una referencia a tratados que especifican el tipo de actividades que podrían quedar abarcadas por el proyecto de principios.

[33] Véanse las observaciones del Pakistán, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. A, párr. 3, reproducido en el presente volumen.

[34] Para resumir, puede decirse que si el daño se produjo como consecuencia del acto de un Estado parte en un conflicto y si se considera que dicho Estado ha recurrido al uso de la fuerza en contravención de la prohibición reconocida en el derecho consuetudinario, como se consideró que era el caso en la invasión de Kuwait por el Iraq, el Estado será

(Continuación en la página siguiente.)

pios abarca actividades que pueden provocar un daño sensible a causa de sus consecuencias físicas. En 1996, antes de que se aprobara el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de la Comisión reconoció que el proyecto abarcaría actividades cuya operación y efecto fueran continuados[35]. Como se señaló en el comentario al proyecto de principio 4, el operador estará exento de responsabilidad si el daño fue resultado de un acto de guerra. En varios instrumentos se incluye una exoneración de la responsabilidad cuando el daño se produce como consecuencia de un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. En algunas leyes nacionales, los actos de terrorismo también son motivo de exención de la responsabilidad[36]. Por otra parte, se ha considerado que una represa que sea perfectamente segura podría volverse peligrosa como consecuencia de un terremoto y que, por tanto, la operación continuada de dicha represa podría ser una actividad que entraña riesgo. De este modo, el almacenamiento de agua en represas podría ser una actividad que genera un riesgo y considerarse que queda abarcada por el proyecto de principios, a menos que sea excluida por las partes en un tratado que rija también la misma cuestión, en caso de que se plantee una controversia.

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

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

12. En las observaciones hechas por los gobiernos sobre el medio ambiente se destacaron tres grupos distintos de cuestiones. En primer lugar, se ha señalado que la definición de medio ambiente que figura en el proyecto de principio 2 no incluía el daño a los bienes comunes de la humanidad[37]. Se recordará que el Relator Especial recomendó que el daño a los bienes comunes de la humanidad se tratara en el contexto del proyecto de principios en la medida en que pudiera detectarse y vincularse a las actividades peligrosas que quedan abarcadas por el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[38]. Sin embargo, la Comisión, basándose en la recomendación formulada por el Grupo de Trabajo establecido en su 56.º período de sesiones[39], en 2004, decidió excluir las cuestiones relacionadas con los bienes comunes de la humanidad. Si bien se reconoció que esas cuestiones eran importantes, se juzgó más oportuno tratar por separado los bienes comunes de la humanidad, porque planteaban sus propios problemas específicos en relación con la capacidad de presentar demandas, el foro apropiado, el derecho aplicable y la cuantificación de los daños[40]. El Relator Especial está convencido de que estas cuestiones no pueden ser analizadas adecuadamente en el contexto acotado del proyecto de principios de que se trata, que se ocupa del daño transfronterizo causado en el territorio de los Estados afectados y que se refiere a sus nacionales y a sus recursos.

13. En segundo lugar, algunos gobiernos consideraron que la definición de medio ambiente era amplia. Es necesario reconocer que la comunidad mundial ha llegado a reconocer el valor del medio ambiente y la necesidad de ejercer vigilancia y de evaluar de manera permanente el efecto pernicioso que tienen en el medio ambiente diversas actividades humanas. Al adoptar una definición holística de medio ambiente, la Comisión se guió por las palabras de la CIJ en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[41]. Además, varios instrumentos adoptados recientemente sobre la cuestión se han ocupado del concepto de los daños al medio ambiente[42]. Como mínimo, los daños al medio ambiente se refieren a reclamaciones que entrañan medidas razonables de respuesta y restablecimiento[43],

(Continuación de la nota 34.)

responsable por los daños. Por otra parte, en el caso de un Estado que intervenga en el conflicto ejerciendo su derecho de legítima defensa, podría plantearse una reclamación de indemnización si existiera una violación de las leyes de la guerra aplicables. Sin embargo, el problema radica en que las reclamaciones relacionadas con los conflictos suelen quedar sin resolver porque no es posible hacer ninguna determinación acerca del carácter ilícito del uso de la fuerza o de la legalidad de destruir un objetivo determinado. Un análisis interesante figura en Austin y Bruch, «The Kosovo conflict: a case study of unresolved issues».

[35] *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 117, párr. 23 del comentario al artículo 1. Véase también *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 214, párr. 111, apdo. *c*, y el artículo 2, apdo. *a*, del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, donde se especifica que quedan abarcadas únicamente las actividades que entrañen el «riesgo de causar daño transfronterizo sensible» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 156).

[36] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 4, párr. 27 del comentario. Véase también ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543. Véase también el Anexo VI al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Responsabilidad emanada de emergencias ambientales.

[37] A/CN.4/549/Add.1, párr. 61. Véanse también *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones de Nueva Zelandia, 17.ª sesión (A/C.6/59/SR.17), párr. 89; México, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/59/SR.25), párr. 47, y las observaciones de los Países Bajos, documento A/CN.4/562 y Add.1, secc. D, reproducido en el presente volumen.

[38] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/540, párr. 36, 8).

[39] Véase Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, A/CN.4/L.661, párr. 2.

[40] Con respecto a las dificultades que plantea la cuestión de los daños a los bienes comunes de la humanidad, como la capacidad procesal y la base jurídica apropiada para presentar una demanda, véase Charney, «Third State remedies for environmental damage to the world's common spaces», pág. 150; Xue, *Transboundary Damage in International Law*, págs. 236 a 269, y Leigh, «Liability for damage to the global commons».

[41] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, págs. 77 y 78, párr. 140; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 1. Véase asimismo *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 2, párr. 15 del comentario.

[42] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 2, párr. 13 del comentario y nota 400.

[43] En relación con el restablecimiento, se acepta en general que éste debe procurar recrear las condiciones existentes antes de que se produjeron los daños. Cuando esto no sea posible, son admisibles los costos efectuados para introducir, según el caso, elementos de valor

incluidos los costos de limpieza y la indemnización por los daños provocados por el deterioro del medio ambiente en la medida en que han causado una pérdida de ingresos derivada directamente de un interés económico en la utilización del medio ambiente[44]. Teniendo en cuenta la actual preocupación por el medio ambiente, el Relator Especial opina que es mejor formular una definición amplia de medio ambiente en un régimen de responsabilidad que sea general y residual a fin de atenuar «toda limitación impuesta por los regímenes de responsabilidad a las medidas correctivas aceptables»[45].

14. En tercer lugar, reconociendo el valor del enfoque adoptado por la Comisión, algunos gobiernos expresaron su deseo de ir aún más allá y de incluir y hacer admisibles las demandas por el «valor de no uso» del medio ambiente. La propia Comisión dio cierto apoyo a esta reclamación cuando aprobó su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, si bien se admite que los daños de que se trata son difíciles de cuantificar[46]. Las recientes decisiones de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas al optar por una interpretación amplia del término «daños al medio ambiente» son una indicación de cómo evolucionará la situación. En el caso de la categoría «F4» de reclamaciones relacionadas con el medio ambiente y la salud pública, el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización que las examina aceptó reclamaciones de indemnización por daños causados a recursos naturales carentes de valor comercial (los denominados daños ambientales puros) y también reclamaciones en que sólo se había producido una pérdida temporal del uso de los recursos durante el período previo a su pleno restablecimiento[47]. La definición más amplia de medio ambiente en el contexto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas abre posibilidades para un mayor desarrollo del derecho en los aspectos relacionados con la responsabilidad.

5. Multiplicidad de reclamaciones

15. Hay varias situaciones en que puede producirse una multiplicidad de reclamaciones. Un caso es el de un demandante que presente una reclamación por los daños sufridos en una jurisdicción contra el Estado de origen por no haber desempeñado sus obligaciones de diligencia debida, y contra el operador por haber causado el daño transfronterizo. Las dos suposiciones subyacentes son que ha habido un incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte del Estado de origen y que el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida pasó inadvertido para las personas y los Estados afectados, que no pudieron adoptar medidas antes de que se produjera efectivamente el daño[48]. Normalmente, si este incumplimiento se hubiera observado antes de producirse el daño, habría sido posible que otros Estados o personas físicas o jurídicas afectados insistieran ante el Estado para que cumpliera sus obligaciones para con ellos con arreglo al derecho internacional. La mayoría de las obligaciones de diligencia debida incluidas en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se consideran parte del derecho consuetudinario[49] y el incumplimiento de una o más de ellas impediría que el Estado de origen alegara que el daño no se produjo por falta de diligencia debida[50]. En tal situación, la responsabilidad del Estado y la del operador constituirían una base para presentar la reclamación. En la medida en que puede haber reclamaciones en que intervenga la misma causa de acción contra el Estado y el operador, la multiplicidad de reclamaciones es una posibilidad real. Si bien las reclamaciones por responsabilidad de un Estado podrían plantearse como reclamaciones entre Estados, en el caso de la responsabilidad del operador podrían intervenir las víctimas del daño en tanto que personas físicas y jurídicas como parte demandante y el operador como parte demandada. La posibilidad de atender las reclamaciones contra el Estado después de agotar las reclamaciones contra el operador, a veces en el contexto de los límites de la responsabilidad establecida, o como causa separada independiente, es objeto de deliberación y tal vez podría determinarse también según las circunstancias del caso.

16. Sin embargo, los tribunales podrían resolver estas reclamaciones múltiples primero agrupándolas y dirimiendo después la responsabilidad del Estado por una parte y la del operador por otra. En la medida en que no pudiera establecerse un vínculo causal directo entre la

equivalente. Véase ibíd., principio 2, párr. 19 del comentario. Con respecto a la aprobación de tres proyectos de indemnización: por la pérdida de tierras de pastos y hábitat, Jordania obtuvo 160 millones de dólares; por reservas costeras, Kuwait 8 millones de dólares, y la Arabia Saudita 46 millones de dólares para la sustitución de servicios ecológicos que se perdieron irreversiblemente como consecuencia de la Guerra del Golfo de 1991 (véase Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de Reclamaciones «F4», S/AC.26/2005/10, anexos técnicos I a III, citado por Sand, «Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», pág. 249, nota 41).

[44] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 2, párrs. 18 a 21 del comentario.

[45] Ibíd., párr. 16.

[46] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 108, párr. 15 del comentario al artículo 36:

«[L]os daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces 'valores no de uso') no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos».

Véase también Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, pág. 223.

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

[48] Si el incumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por el Estado de origen hubiera sido advertido por las personas o los Estados afectados y si éstos no insistieran en la observancia de dichas obligaciones en un plazo razonable, es dudoso que todavía pudiera afirmarse la responsabilidad del Estado más adelante, en la etapa de estudio de las reclamaciones de indemnización. Existen motivos para afirmar que en tales casos las personas y los Estados afectados no tendrían derecho a plantear cuestiones de responsabilidad del Estado (véase Okowa, *op. cit.*, págs. 169 y 170).

[49] Véase Birnie y Boyle, *International Law and the Environment*, pág. 113.

[50] Okowa, *op. cit.*, pág. 169.

responsabilidad del Estado y el daño, se puede exigir al Estado que presente disculpas y que ofrezca garantías en cuanto a su actuación. En la medida en que se hayan producido daños materiales a causa de la inactividad del Estado, éste tendría que pagar una indemnización por la pérdida sufrida por los demandantes. Por lo que respecta al operador, éste sería responsable de los daños causados dentro de los límites de su responsabilidad. En cualquier caso, la indemnización que deberán recibir las víctimas por ambos motivos no debe ser superior al monto real de la pérdida que han sufrido, según la determinación hecha por los tribunales.

17. Otra posibilidad en relación con la multiplicidad de reclamaciones es que se presenten varias reclamaciones por los mismos daños con intervención de un mismo demandante en jurisdicciones diferentes. En este caso es necesario impedir que haya actuaciones judiciales simultáneas en distintas jurisdicciones. El Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil brinda una serie de soluciones. Dicha serie de soluciones ha sido refrendada en general en un proyecto de convención propuesto más recientemente, el proyecto de convención de 2001 sobre la jurisdicción y las sentencias extranjeras respecto de cuestiones civiles y comerciales, presentado a la primera parte de la conferencia diplomática celebrada en La Haya[51]. Al tiempo que se reclama prioridad para la jurisdicción de la parte contratante en que tiene su domicilio la parte demandada[52], en el caso de una reclamación por un daño al medio ambiente, se contempla otra base para la jurisdicción. Se trata del foro del Estado en que tuvo lugar el acto o la omisión que produjeron los daños o ante los tribunales del Estado donde surgieron los daños[53]. Así pues, el demandante tiene la posibilidad de elegir el foro que considere más apropiado para sus intereses. Se considera que brindar esta posibilidad de elegir se basa en una tendencia que ya está firmemente establecida en ambos instrumentos sobre la jurisdicción internacional y en los sistemas nacionales[54].

18. Por lo que respecta a la posibilidad de que las víctimas transfronterizas elijan entre el derecho del Estado de origen[55] y el derecho del Estado de la víctima[56], hay un apoyo considerable al principio que afirma que hay que aplicar el derecho que sea más favorable para la víctima. El «principio del derecho más favorable», según los autores del segundo informe sobre la aplicación transnacional del derecho ambiental, presentado a la Conferencia de la ADI celebrada en Berlín en 2004, se adopta en varias jurisdicciones de Europa, en Túnez y Venezuela, y posiblemente incluso en China[57]. Varios autores, e incluso quienes normalmente no están a favor de este principio en todos los casos de perjuicios transfronterizos, lo apoyan para los asuntos relacionados con la contaminación transfronteriza[58]. Sin embargo, la legislación de los Estados Unidos parece favorecer el derecho del lugar que tenga la «relación más significativa» con el acto y con las partes[59]. Pese a la falta de una uniformidad total en las leyes y en la práctica nacionales, parece haber una política sólida a favor de adoptar el «principio del derecho más favorable», puesto que tiene la ventaja de elevar el nivel de protección para el medio ambiente y de ofrecer algún tipo de incentivo para que el operador lleve a cabo un mejor mantenimiento de su instalación[60].

6. Condición jurídica del proyecto de principios

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

20. La determinación de la condición jurídica del proyecto de principios plantea dificultades obvias. En primer lugar, por su propia naturaleza, no es posible afirmar de manera fundamentada y convincente que un principio forma parte del derecho internacional general simplemente porque ha sido adoptado repetidamente por los Estados como una disposición acordada en el texto de los tratados. La dificultad se planteará, por ejemplo, si los tratados firmados no han entrado en vigor o no tienen ninguna posibilidad de entrar en vigor. Aun cuando estén vigentes, por este mero hecho y sin más[61], en el mejor de

[51] Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, Resumen sobre el resultado de los debates en la comisión II de la primera parte de la conferencia diplomática (6 a 20 de junio de 2001), preparado por la oficina permanente y los co-relatores.

[52] Esto se basa en el principio *actor sequitur forum rei*, que promueve la política de que el demandado podrá defenderse mejor en los tribunales del Estado en que tiene su domicilio. Ello se justifica por considerar que la fuerza de un juicio se dirige contra la parte demandada. Sin embargo, mientras que el domicilio de una persona física viene determinado por la ley de cada Estado, el caso de la nacionalidad de las personas jurídicas o de las empresas no está tan bien definido. El Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dejan la determinación del domicilio al derecho determinado por la ley sobre conflicto entre jurisdicciones, administrada por los tribunales del Estado en que se presente la demanda (véase von Bar, «Environmental damage in private international law», pág. 336).

[53] Véase Bernasconi y Betlem, «Transnational enforcement of environmental law», pág. 900. Sin embargo, una defensa contra esta base para la jurisdicción será admisible y puede determinarse que los daños causados en el Estado no eran previsibles, por no tratarse del Estado de origen.

[54] Ibíd., pág. 899.

[55] Ibíd., pág. 914. Austria, Dinamarca, Finlandia, el Japón y Suecia adoptan el derecho del lugar en que se produce la actividad peligrosa (*lex loci actus*).

[56] Ibíd., España, Francia, el Reino Unido, Rumania, Turquía y, más recientemente, los Países Bajos adoptaron el derecho del lugar en que se produce el daño (*lex damni*). En el Canadá, Quebec tiene una legislación similar.

[57] Ibíd., pág. 911.

[58] Ibíd.

[59] Ibíd., págs. 914 y 915. En virtud del párrafo 2 del artículo 145, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, 1971, los «contactos» que habrá que tener en cuenta son el lugar donde se produjo el daño, el lugar donde se cometió el acto que dio lugar al daño, el domicilio, la residencia, la nacionalidad, el lugar de constitución o el principal lugar donde realizan su actividad comercial las partes, y el lugar en que se centran las relaciones entre las partes.

[60] Ibíd., pág. 912.

[61] Véase Baxter, «Treaties and custom», págs. 99 y 100. Si bien reconocía las dificultades que entraña considerar los tratados como

los casos podrían tratarse como simples expresiones de acuerdo bilateral y multilateral y, como tales, aplicables únicamente entre las partes de los tratados en cuestión. Por ende, no puede considerarse que por sí mismos den lugar a un principio general del derecho internacional.

21. En el caso del derecho consuetudinario, el problema de poner de relieve una práctica sistemática y uniforme de los Estados es muy complicado, principalmente por la falta de acuerdo sobre qué constituye una práctica pertinente. La carga de probar la *opinio juris* que acompaña dicha práctica de los Estados es aún más compleja, porque los Estados no suelen anunciar sus intenciones cuando siguen una práctica determinada. Por consiguiente, la determinación de *opinio juris* entraña un análisis subjetivo a dos niveles: al nivel en que el propio Estado debe formular un juicio antes de decidir si seguirá lo que considera que es una práctica sistemática y uniforme, y al nivel del observador o de quien formula las decisiones, con respecto a si los Estados están siguiendo efectivamente esa práctica por estar convencidos de que es obligatoria y no simplemente porque consideran conveniente o fácil seguirla. Esto hace que la determinación de derecho consuetudinario con respecto a cualquier principio concreto sea mucho más difícil[62]. Aparte de las dificultades señaladas, como cuestión de práctica, y a pesar de su mandato en virtud del artículo 15 de su estatuto, la Comisión no suele distinguir las recomendaciones que adopta entre las que corresponden a la codificación del derecho internacional existente, por una parte, y las que corresponden al desarrollo progresivo del derecho, por otra parte[63].

22. A pesar de las dificultades inherentes a cualquier intento de determinar la condición jurídica del proyecto de principios, no es posible infravalorar el valor jurídico de los principios que han encontrado una afirmación repetida en diferentes legislaciones nacionales y formulaciones de tratados como prueba de una tendencia predominante en el derecho internacional a favor de ciertas preferencias comunes en materia de política[64]. La presunción a favor de la *opinio juris* es firme si los Estados deciden repetir ciertas formulaciones al tiempo que rechazan otras formulaciones posibles, cuando existe la posibilidad de que sean adoptadas, porque la formulación elegida ya goza de amplia aceptación entre los Estados. Se ha manifestado que la Comisión no tuvo inconveniente en codificar principios consuetudinarios del derecho del mar basándose en legislaciones nacionales uniformes y en observaciones de los Estados[65]. También se ha señalado el valor jurídico de la labor de la Comisión cuando consolida las novedades adoptadas en un ámbito particular del derecho y las convierte en parte del *droit acquis*[66].

prueba concluyente de derecho consuetudinario, Baxter señaló que cada tratado multilateral y bilateral debe considerarse en equilibrio con otras pruebas de derecho consuetudinario antes de poder determinar la norma de derecho internacional. A su juicio:

«La tarea es más fácil en el caso de un tratado declaratorio de ley, como un tratado de codificación. Incluso un proyecto de tratado o un tratado que todavía no haya entrado en vigor tendrá influencia. El volumen de deliberaciones dedicadas al texto, el número de participantes en el proceso de formular el texto del tratado y, ante todo, el hecho de que representa, en relación con el resto de las pruebas de derecho, una declaración clara y uniforme de derecho lo hacen recomendable para los que no son partes en él. Es una demostración de su *facilidad* de uso.»

[62] Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, págs. 334 a 336. Véase también Kammerhofer, «Uncertainty in the formal sources of international law: customary international law and some of its problems».

[63] Véase en general Sinclair, *The International Law Commission*, pág. 7. Se produjeron amplios debates sobre el mandato básico de la Comisión estipulado en el artículo 1 de su estatuto: el objetivo de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional (principalmente público) y su codificación. Desde que comenzó su labor, se puso de manifiesto que no era posible mantener una distinción estricta entre el desarrollo progresivo y la codificación ni para los fines de elegir los métodos o procedimientos de trabajo ni para la formulación de sus recomendaciones finales. Como ha demostrado la experiencia de la Comisión, es aún más difícil distinguir claramente en sus conclusiones entre las que pertenecen a una categoría o a la otra. Sinclair subrayó que la Comisión, en una etapa bastante temprana de sus trabajos, abandonó más o menos el intento de mantener una clara distinción entre los proyectos referentes al «desarrollo progresivo» y los proyectos referentes a la «codificación». Briggs (*The International Law Commission*, pág. 140) señaló que, cuando presentó su informe de 1956, al preparar sus normas sobre el derecho del mar, la Comisión había llegado al convencimiento de que, por lo menos en esta esfera, la distinción establecida en el estatuto entre las dos actividades [codificación y desarrollo] difícilmente podía mantenerse (*Yearbook of the International Law Commission 1956*, vol. II, documento A/3159, pág. 255, párr. 26). Véase también Mahiou, «Rapport général», pág. 19.

[64] En *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543, párr. 6, se hace una afirmación pertinente a este respecto:

«No se han pasado por alto en el estudio las dificultades de determinar cuándo un caso particular constituye una 'prueba' de la práctica de los Estados. Los tratados o los fallos pueden estar motivados por diferentes políticas. Algunos de ellos pueden ser compromisos o arreglos que obedecen a razones ajenas al asunto. Sin embargo, la repetición de actos en la práctica de los Estados, cuando sigue y fomenta políticas similares, puede crear expectativas acerca de la aplicabilidad de estas políticas en el futuro. Incluso aunque algunas de las políticas pueden no haber sido formuladas expresamente en relación con acontecimientos pertinentes o pueden haberse dejado sin determinar deliberada y expresamente, la continuación de una conducta similar puede dar lugar a la creación de una norma consuetudinaria. El material que aquí se examina, constituya o no derecho consuetudinario, demuestra una tendencia en las expectativas y puede contribuir a aclarar las líneas de acción en relación con algunos principios detallados de la responsabilidad que son pertinentes para el estudio del tema. La práctica también muestra maneras de conciliar las nuevas normas con principios antagónicos, como la 'soberanía de los Estados' y la 'jurisdicción nacional'.»

Véase también Baxter, «Multilateral treaties as evidence of customary international law», pág. 291, quien señaló el valor de la Convención sobre la alta mar como fuente del derecho para los Estados que todavía no eran partes en ella.

[65] Brownlie, *op. cit.*, pág. 384. Según este autor, esto sucedió en el caso del derecho del mar, en que la Comisión se basó principalmente en las legislaciones nacionales y en los comentarios de los gobiernos.

[66] Véase la opinión de Crawford citada en Boyle, «Globalising environmental liability: the interplay of national and international law», pág. 19.

Capítulo II

Examen de algunos de los aspectos destacados del proyecto de principios

23. El 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 en 2004 es el resultado de una cuidadosa evaluación de las tendencias observadas en todo lo relacionado con el tema durante un largo período. La fuerza de la política que representan y su valor jurídico han sido objeto de repetidas deliberaciones en la Comisión, y unas

conclusiones ampliamente respaldadas han constituido la base para su formulación. Algunas de las disposiciones más destacadas también han recibido reconocimiento como normas generales del derecho internacional, aun cuando ese reconocimiento se les otorga a un nivel de generalización bastante alto y todavía no es posible deducir ninguna uniformidad en la práctica de los Estados con respecto a la aplicación de elementos específicos asociados con los conceptos generales. En este momento puede ser útil examinar algunos de los aspectos destacados del proyecto de principios y su condición jurídica a la luz de la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y las opiniones de los comentaristas.

A. Criterio o principio de precaución

24. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el «criterio de precaución» adoptado como principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[67]. Algunos Estados lo consideran un principio, mientras que los acuerdos mundiales se refieren a «medidas» de precaución. La diferencia en la terminología utilizada no es importante, a pesar de que se aplica con matices distintos[68]. Se trata de un principio o criterio que los Estados deben respetar al aplicar sus obligaciones de diligencia debida incluidas en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, cuya realización esté autorizada en el territorio del Estado de origen o en un territorio que se halle bajo su control. Aunque es un principio que surgió esencialmente de la práctica europea[69], como principio o criterio de gestión prudente del desarrollo económico y de explotación de los recursos naturales y la diversidad biológica acorde con la protección de medio ambiente, ha sido adoptado en todo el mundo[70]. Su significado y su condición jurídica pueden explicarse de la manera siguiente:

> A pesar de que sigue evolucionando, el principio de precaución se presenta como una norma del derecho internacional tanto a nivel doctrinal como en la práctica […] pero sigue habiendo discrepancias a ambos lados del espectro (el europeo y el de los Estados Unidos), que consideran que el principio es una directriz o reivindican su fuerza vinculante.
>
> [...]
>
> Los elementos fundamentales de un régimen de este tipo serían aplicar procedimientos objetivos de evaluación del riesgo, definir un nivel de riesgo socialmente aceptable, proseguir la investigación científica y volver a examinar las medidas de precaución a medida que se fuera disponiendo de nueva información. La cuestión de la carga de la prueba sigue siendo tal vez el aspecto más polémico del principio de precaución, ya que la inversión de la carga de la prueba se considera a menudo la máxima expresión del principio.
>
> [...]
>
> Es importante que la consideración de criterio que se otorga al principio no sea necesariamente una etapa en el camino hacia la creación de una norma. El hecho de que un tratado convierta en norma el uso de la precaución no modifica su carácter de criterio. La referencia a un nivel razonable en el derecho nacional, por ejemplo, obtiene su fuerza del hecho de que es un criterio de juicio y no puede convertirse en una norma rígida. Las normas internacionales actúan de manera análoga. Por consiguiente, el valor jurídico del principio de precaución procederá de su perfeccionamiento por los negociadores y de su interpretación por quienes emitan los dictámenes correspondientes y no de su conversión en una norma tradicional[71].

25. Se ha formulado una serie de directrices para ayudar a los encargados de elaborar las políticas y de adoptar decisiones a aplicar el principio de precaución. En esas directrices se insiste en que, aunque para llegar a una decisión puede utilizarse la mejor información disponible, que podrá obtenerse de diversas instituciones independientes que deban rendir cuentas públicamente y no presenten conflictos de intereses, hay que tener en cuenta todos los costos sociales y económicos de la aplicación del principio de precaución[72]. Como señaló la doctrina, en cierta medida el debate acerca de la condición jurídica del principio es «excesivamente simplista», y la realidad es que los tribunales de justicia y los encargados de formular las políticas prestan atención al principio y lo aplican a los contextos particulares con efectos notables[73].

---

[67] *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*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.1.8 y corrección), resolución 1, anexo 1.

[68] Según Sands (*Principles of International Environmental Law*, pág. 279), la redacción del principio 15 de la Declaración de Río goza ya de amplio apoyo. Véase también, en general, de Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, págs. 91 a 223.

[69] En realidad, es un enfoque que se adoptó inicialmente en el derecho alemán: véase Boehmer-Christiansen, «The precautionary principle in Germany. Enabling government». En el párrafo 2 del artículo 174 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se dispone que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente se basará en los principios de cautela y de acción preventiva. En la práctica, ha sido refrendado por el Tribunal de Justicia Europeo en los casos C-180/96R, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte* c. *Comisión de las Comunidades Europeas, Recopilación de Jurisprudencia 1996*, pág. I-03903, y T-76/96 R, *The National Farmers' Union, International Traders Ferry Ltd, UK Genetics, RS & EM Wright Ltd y Prosper De Mulder Ltd* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, ibíd., pág. II-00815. El principio de precaución ha sido refrendado por casi todos los instrumentos internacionales sobre el medio ambiente desde 1992 (véase Kiss y Shelton, *International Environmental Law*, pág. 207).

[70] La CIJ, en el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, no se pronunció sobre la cuestión, a pesar de que Hungría la planteó y el magistrado Weeramantry se refirió a ella con aprobación en su opinión particular disidente (*C.I.J. Recueil 1997*, pág. 88). Véase Birnie y Boyle, *op. cit.*, pág. 118.

[71] Boutillon, «The precautionary principle: development of an international standard», págs. 468 y 469. Una opinión similar, aunque no idéntica, es la expresada por McIntyre y Mosedale, quienes afirman que «el principio de precaución es, así pues, un instrumento para adoptar decisiones en una situación de incertidumbre científica, lo cual modifica efectivamente el papel de los datos científicos» («The precautionary principle as a norm of customary international law», pág. 222). La opinión de que el principio es un reflejo del derecho consuetudinario ha sido expresada por Sands, *op. cit.*, pág. 279.

[72] UICN, «Guidelines for applying the precautionary principle: biodiversity conservation and NCM management», iniciativa conjunta de Fauna and Flora International y la UICN, *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n.os 6 (diciembre de 2005), pág. 274.

[73] Con respecto a la aplicación del principio en el contexto de la India, véase *Andhra Pradesh Pollution Control Board* v. *M. V. Nayudu* (India, *Supreme Court Cases*, 2001, n.º 2, pág. 62). La controversia se refería a si había que permitir que una industria peligrosa continuara funcionando cuando existía la posibilidad de contaminación de las aguas subterráneas por los efluentes de la planta. El Tribunal Superior de Andhra Pradesh recurrió al testimonio de expertos de la industria y permitió que siguiera funcionando. En apelación, el Tribunal Supremo, tras recibir pruebas científicas de un mayor número de fuentes y de órganos de expertos independientes, dejó sin efecto el permiso del Tribunal Superior e interrumpió el funcionamiento de la fábrica porque las pruebas científicas indicaban una mayor posibilidad de contaminación de las aguas subterráneas, ya que los efluentes de la planta liberaban depósitos de níquel. La Comisión Jurídica de la India señaló que en este caso se aplicaba claramente el principio de precaución y que con más datos y utilizando mejores procedimientos científicos o una

26. De este modo, queda por ver si el principio de precaución tendrá un papel más destacado en el contexto de la aplicación del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas mientras se está produciendo el daño transfronterizo y una vez que se ha producido el daño. Es evidente que mientras se está produciendo el daño el Estado de origen tiene la obligación de establecer y, de ser necesario, aplicar independientemente o en cooperación con el operador y otras organizaciones afectadas y competentes todas las medidas de respuesta apropiadas para mitigar los efectos del daño. Para ello deberá utilizar la mejor tecnología disponible. Wolfrum considera que esta obligación está directamente relacionada con la aplicación del criterio o principio de precaución[74]. Tal como se ha señalado, este principio o criterio tiene consecuencias importantes en el contexto de la presentación y el fallo de demandas de indemnización o como parte de los recursos disponibles para las víctimas. Por ejemplo, un recurso sería la suspensión o el cierre de la actividad una vez que se haya producido el daño; o incluso cuando, sobre la base de pruebas científicas disponibles de mejor calidad, aunque muy posiblemente no definitivas, se considere que hay una amenaza, hasta que vuelva a determinarse que la actividad es inocua para el medio ambiente. Por consiguiente, al presentar demandas de indemnización o fallar sobre las mismas, en especial demandas de cierre o suspensión de la actividad peligrosa que todavía se está realizando, el principio de precaución parece tener una influencia en el nivel de prueba necesario y en la inversión de la carga de la prueba[75].

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

27. Existe un buen fundamento para afirmar que, en virtud del derecho internacional consuetudinario, la responsabilidad del operador[76] por daños resultantes de actividades muy peligrosas es objetiva pero limitada. La responsabilidad del operador encontró aceptación por varios motivos, y principalmente por considerarse que quien haya creado riesgos importantes por buscar un beneficio económico ha de soportar la carga de las consecuencias adversas de su control de la actividad. Esto se ha denominado de forma general el principio de quien contamina paga. Aunque no puede considerarse que el principio de quien contamina paga haya adquirido por sí mismo la condición de principio general del derecho internacional[77], puede decirse que la responsabilidad del

mejor tecnología se puede llegar siempre a una conclusión más precisa (Comisión Jurídica de la India, *One Hundred Eighty-sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts* (septiembre de 2003), pág. 18, disponible en http://lawcommissionofindia.nic.in).

[74] Con respecto a la obligación de utilizar la mejor tecnología disponible, Wolfrum señaló que ello está estrechamente relacionado con el principio de precaución («International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance», pág. 15). También se sugiere que el término «disponible» significa que «los Estados son responsables de la aplicación de los avances tecnológicos que ya estén en el mercado, y no de cualquier nueva técnica de lucha contra la contaminación» (Stoll, «Transboundary pollution», pág. 182).

[75] Para una interpretación de la aplicación del principio de precaución, véase Freestone, «The road from Rio: international environmental law after the Earth Summit», pág. 211. Para una referencia a ejemplos de suspensión de la actividad, véase Birnie y Boyle, *op. cit.*, pág. 118. El TIDM, a la vista de la incertidumbre científica relativa a la conservación de las poblaciones de atún, suspendió la explotación de la pesca del atún rojo hasta que se resolviera la controversia (véanse los casos *Thon à nageoire bleue* (Nueva Zelandia *c.* Japón y Australia c. Japón), medidas conservatorias, *TIDM Recueil 1999*, pág. 262 y ss.). Con respecto al cierre de la actividad, véase el caso *Andhra Pradesh Pollution Control Board* v. *M. V. Nayudu* (nota 73 *supra*). De Sadeeler señala que el principio de precaución debería aclarar la obligación de prestar cuidados y hacer menos estricta la obligación de demostrar causalidad (*op. cit.*, pág. 212).

[76] El proyecto de principios prevé una definición funcional del término «operador», que se basa en la determinación fáctica de quién ejerce el uso, el control y la dirección del objeto en el momento pertinente. Esa definición suele ser acorde con los criterios imperantes en el derecho francés. Véase Reid, «Liability for dangerous activities: a comparative analysis», pág. 755. De manera más general, se señala que, si bien no se ha formulado ninguna definición básica del operador que tenga aplicación general, «se ha obtenido reconocimiento para la idea de que el término operador se refiere a una persona que ejerza el control efectivo, jurídico o económico de la actividad contaminante» (Larsson, *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, pág. 401). No obstante, debe quedar claro que el término operador no incluiría a los empleados que trabajan en la actividad o la controlan en el momento pertinente. Véase el artículo 2, apdo. *c*, del Anexo VI al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Responsabilidad emanada de emergencias ambientales, que estipula que «operador» significa cualquier persona física o jurídica, estatal o no estatal, que organiza actividades a ser realizadas en la zona del Tratado Antártico. Un operador no incluye una persona natural que sea empleada, contratista, subcontratista o agente o que esté al servicio de una persona natural o jurídica, sea estatal o no estatal, que organiza actividades a ser realizadas en la zona del Tratado Antártico, y no incluye a una persona jurídica que sea contratista o subcontratista que trabaje por cuenta y orden de un operador estatal. La definición de «operador» empleada en el proyecto de principio 2, apdo. *e*, aprobado por la Comisión en 2004 es funcional. A este respecto, y para un ejemplo de las definiciones de «operador» empleadas en algunos convenios, véase *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 2, párrs. 26 a 29 del comentario.

[77] Wolfrum («International environmental law…», pág. 19) señala que «[a]unque tanto el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990, como la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refieren en sus preámbulos a que el principio de quien contamina paga es un 'principio general del derecho ambiental internacional', dicha opinión no está sustentada por la práctica de los Estados Unidos y tampoco si se tienen en cuenta las incertidumbres acerca de su alcance y de sus consecuencias». Véase, en general, de Sadeleer, *op. cit.*, págs. 21 a 60. Sin embargo, el principio de quien contamina paga ha sido o está siendo apoyado en diferentes jurisdicciones nacionales con efectos diversos. El Tribunal Supremo de la India, en el caso *Vellore Citizens' Welfare Forum* v. *Union of India* (*All India Reporter 1996*, vol. 83, Supreme Court Section, pág. 2715), afirmó que el principio de precaución, y el principio de quien contamina paga, así como la nueva carga de la prueba, apoyada por los artículos 21, 47, 48A y 51A, apdo. *g*, de la Constitución de la India, han pasado a ser parte del derecho ambiental del país (informe de la Comisión Jurídica de la India (nota 73 *supra*), pág. 36). Diversos estatutos provinciales del Canadá relativos a la responsabilidad por daños ambientales y los recursos consiguientes reconocen ese principio. En España, los tribunales se han basado en el principio *cujus est commodum ejus debet esse incommodum* —es decir, que la persona que obtiene un beneficio de una actividad también debe pagar por los daños resultantes— para asignar la responsabilidad a las personas por daños causados por minas, por residuos, como consecuencia de la pérdida de recursos hídricos y por gases tóxicos. En el Japón, en relación con la contaminación provocada por las actividades mineras y la contaminación marina, el contaminador debe pagar lo que cueste limpiar la contaminación de los espacios públicos y restituir los bienes de la víctima a su estado anterior a los daños. El sistema jurídico francés respaldó de distintas maneras el principio de quien contamina paga. En el caso *Epoux Vullion* v. *Société Immobilière Vernet-Christophe* (Corte de Casación, 3.ª Cámara Civil, 4 de febrero de 1971, *Juris-classeur périodique*, 1971.II.16781), la Corte de Casación de Francia sostuvo que «el derecho de un propietario a gozar de su propiedad de la forma más absoluta no prohibida por la ley o por un reglamento está sometido a su obligación de no causar daños a la propiedad ajena más allá de las incomodidades normales que entraña la vecindad». El Código Ambiental de Suecia, de 1998, que entró en

(Continuación en la página siguiente.)

operador por actividades extremadamente peligrosas sí que ha adquirido esa condición[78]. Se consideró que la responsabilidad objetiva con respecto a actividades que presentaban un riesgo extremo o que eran anormalmente peligrosas constituía la técnica más apropiada, tanto en un contexto de *common law* como de derecho civil, para lograr que las víctimas de actividades peligrosas o que presentan un riesgo extremo reciban indemnización sin tener que demostrar que ha habido culpa basándose en lo que a menudo son pruebas técnicas detalladas[79], que, a su vez, requerirían por parte de las víctimas una comprensión completa de una operación o actividad complicada y compleja. Los argumentos a favor de la responsabilidad objetiva se ven reforzados cuando el riesgo ha sido introducido unilateralmente por la parte demandada[80]. Sin embargo, en el caso de los daños resultantes de actividades peligrosas, es justo asignar una responsabilidad objetiva pero limitada al operador a nivel internacional como medida de desarrollo progresivo del derecho[81].

28. Con todo, hay que señalar que al trasladar el concepto de responsabilidad objetiva de un contexto interno, nacional —donde está bien establecido, aunque con todas las diferencias relativas a la forma en que se invoca y se aplica en distintas jurisdicciones— para convertirlo en una norma internacional, es necesario definir minuciosamente sus ingredientes, aunque sin perder de vista su objetivo básico, a saber, asignar a una persona, sin tener que demostrar la culpa, la responsabilidad por haber creado un riesgo al dedicarse a una actividad peligrosa. Esa definición es necesaria no sólo para capturar los elementos más positivos del concepto de responsabilidad objetiva tal como se utilizan en diferentes jurisdicciones, y hacer de este modo ampliamente aceptable la norma internacional, sino también para garantizar que la norma adoptada promueva verdaderamente la causa de las víctimas expuestas a actividades peligrosas y facilite de este modo un recurso rápido y eficaz.

29. Hay diferentes maneras de abordar esta cuestión[82]. Por ejemplo, adoptando una definición apropiada del daño, como se ha hecho en el proyecto de principio 1, donde el daño se define como un daño a las personas, los bienes y el medio ambiente. En segundo lugar, al tiempo que se designa la responsabilidad objetiva como norma para invocar la responsabilidad, puede especificarse que se entiende que incluye todos los daños previsibles en su forma más generalizada y que el conocimiento del alcance del peligro potencial no es un requisito de la responsabilidad. Por otra parte, cabe señalar como parte de la aplicación de la norma que el operador no tiene la posibilidad de solicitar una exención de la responsabilidad alegando que el uso de que se trata es natural, y basta con que el uso presente un riesgo de peligro para los demás.

30. Huelga decir que la responsabilidad objetiva permite algunos tipos de defensa y que en los tratados

(Continuación de la nota 77.)

vigor el 1.º de enero de 1999, hace que la parte que en una medida razonable sea responsable de la contaminación deba pagar el costo de las investigaciones de posible contaminación, la limpieza y la mitigación de los daños. Lo que pueda o no ser razonable se determina haciendo referencia a: a) el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo la contaminación; b) el riesgo que entraña para el medio ambiente, y c) la contribución del operador. Irlanda promulgó legislación para integrar en el derecho nacional los tratados internacionales que imponen una responsabilidad objetiva por vertidos de petróleo y residuos peligrosos desde buques. También se dispone a aplicar la Directiva 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 (véase la nota 18 *supra*), que entrará en vigor en 2007, que impone responsabilidad objetiva y el principio de quien contamina paga por daños causados al medio ambiente. Los tribunales de Irlanda ya han comenzado a aplicar el principio de quien contamina paga. En el Brasil, la responsabilidad objetiva se está convirtiendo en norma en el caso de los daños provocados por actividades que son peligrosas o que causan o pueden causar un perjuicio al medio ambiente. No es necesario demostrar la intencionalidad. En virtud de la Ley nacional de gestión del medio ambiente de Sudáfrica, de 1998, se impone responsabilidad objetiva a los operadores que puedan causar, hayan causado o estén causando una contaminación sensible, degradación o un perjuicio al medio ambiente. Singapur contempla la responsabilidad objetiva para los delitos penales, e impone obligaciones de limpieza a los contaminadores sin necesidad de que haya una conducta intencional o negligente. La información relativa a las distintas leyes y prácticas nacionales se basa en memorandos sobre leyes nacionales preparados por los estudiantes de la clase de derecho ambiental de Dinah Shelton (Facultad de Derecho, George Washington University, Washington D.C.), para su utilización y conservación por el Relator Especial. Véase también *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543.

[78] Después de examinar las leyes y prácticas nacionales a nivel interno por lo que respecta a la realización de actividades anormalmente peligrosas o que presentan un riesgo extremo (*Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543, párr. 112), se concluyó lo siguiente:

«El examen que se ha realizado más arriba del derecho interno pone de manifiesto que la responsabilidad objetiva, como concepto jurídico, parece haber sido aceptada por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. El alcance de las actividades sujetas al régimen de la responsabilidad objetiva puede diferir según los países, ya que en algunos puede ser más limitado que en otros. La base jurídica de la responsabilidad objetiva también varía, ya que va desde la 'presunción de culpa' al concepto de 'riesgo' o de 'actividad peligrosa', entre otros. Sin embargo, no cabe duda de que la responsabilidad objetiva es un principio común a un gran número de países con diferentes ordenamientos jurídicos, que han tenido la experiencia común de tener que regular actividades relacionadas con ese principio. Puede haber diferencias entre los Estados en cuanto a la aplicación concreta del principio, aunque todos ellos lo entienden y formulan de manera sustancialmente análoga. Por otra parte, cada vez se recurre más a la responsabilidad objetiva en la legislación relativa a la protección del medio ambiente.»

[79] Véase Reid, *loc. cit.*, pág. 756. Véase también *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543, párr. 23.

[80] Para un examen interesante del concepto de responsabilidad en el derecho civil y en el *common law*, véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543.

[81] Cabe tener en cuenta las vacilaciones que puso de manifiesto el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 a la hora de designar como sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva los daños resultantes de todas las actividades abarcadas por el proyecto de principios. Se recordará que la Comisión señaló que los conceptos de responsabilidad «causal» o «absoluta» que son habituales en el derecho nacional de muchos Estados y en derecho internacional en relación con determinadas actividades que presentan un riesgo extremo «aún no se han desarrollado plenamente en derecho internacional con respecto a un grupo más amplio de actividades como las comprendidas en el artículo 1» (*Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 141, párr. 1 del comentario general al capítulo III). Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo se benefició del estudio de los regímenes de responsabilidad realizado por la Secretaría (*Anuario…1995*, vol. II (primera parte), pág. 67, documento A/CN.4/471).

[82] Para hacer las sugerencias que siguen, el Relator Especial se ha guiado por las valiosas observaciones de Reid, *loc. cit.*, págs. 741 a 743. Véase también el capítulo I, secc. B, del importante estudio de la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad, *Anuario… 1995*, vol. II (primera parte), pág. 73, párrs. 29 a 260. El Tribunal Supremo de la India, en el caso *M. C. Mehta* v. *Union of India* (el caso de vertido de gas de Oleum) (*All India Reporter 1987*, vol. 74, Supreme Court Section, pág. 1086) sostuvo que en caso de actividades peligrosas no se aplican las excepciones que podrían alegarse para evitar la responsabilidad absoluta u objetiva, como afirmar que el daño no era previsible y que el uso que entraña es natural (véase el informe de la Comisión Jurídica de la India (nota 73 *supra*), pág. 30).

internacionales y en las leyes nacionales que regulan el concepto se contemplan diversas excepciones[83]. Sin embargo, a fin de poner de relieve el papel que el principio de quien contamina paga podría desempeñar en el contexto general del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, puede ser oportuno designar un mínimo para esas excepciones; por ejemplo, un acto de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, un acto fortuito o de la naturaleza y la acción de un tercero, incluidas las acciones de las víctimas (o culpa concurrente)[84].

C. Obligaciones destacadas de los Estados

31. La responsabilidad de los Estados por daños transfronterizos causados por actividades extremadamente peligrosas o actividades peligrosas no parece contar con apoyo ni siquiera como medida de desarrollo progresivo del derecho. No obstante, es evidente que ha surgido un principio general del derecho internacional que impone al Estado una obligación de diligencia debida tanto en la etapa de autorización de las actividades peligrosas[85] como en la supervisión de las actividades en marcha una vez concedida la autorización, que se extiende hasta la etapa en que podría materializarse el daño a pesar de haber desplegado los máximos esfuerzos para impedirlo. En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ señaló la necesidad, y cabría decir la obligación, de supervisar de forma permanente las actividades peligrosas como consecuencia de la «conciencia de la vulnerabilidad del medio ambiente y del reconocimiento de que los riesgos para el medio ambiente deben evaluarse de forma constante»[86].

32. Esas obligaciones del derecho consuetudinario también llevan consigo algunas obligaciones subsidiarias. Una extensión de esa obligación para los fines del proyecto de principios es la obligación del Estado de que se trate de ejercer vigilancia y estar dispuesto a prevenir los daños en la medida de lo posible y, cuando los daños se produzcan efectivamente, de mitigar sus efectos utilizando la mejor tecnología disponible[87]. Así pues, los Estados tienen la obligación de formular, como medidas de respuesta, las necesarias actividades de preparación para imprevistos y de aplicar los mejores medios de que dispongan una vez que se haya producido la emergencia, aplicando los conocimientos actuales sobre los peligros y los medios técnicos, tecnológicos y financieros disponibles para hacerles frente. El Estado también tiene la obligación, en virtud del derecho consuetudinario, de informar a todos los Estados afectados en caso de una emergencia resultante de la realización de la actividad de que se trate cuando la difusión de los daños transfronterizos tenga un carácter inminente o ya sea realidad[88]. Una vez hecha la notificación, existe para los Estados afectados la obligación, en virtud del derecho consuetudinario, de adoptar todas las medidas apropiadas y razonables para mitigar los daños a que están expuestos[89]. Es obvio que la obligación de prestar cuidados que se espera de un Estado a este respecto es una obligación relacionada con el buen gobierno. Sin embargo, hay que tener presente que, habida cuenta de la amplia divergencia de condiciones sociales y económicas que presentan los Estados, como señala tan apropiadamente el principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[90], los criterios que aplican algunos países pueden ser inadecuados y tener un

---

[83] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543.

[84] Los actos de terrorismo se incluyen en el instrumento más reciente sobre la responsabilidad: el Anexo VI al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente. Responsabilidad emanada de emergencias ambientales que, en el párrafo 1 del artículo 8 (Exenciones de responsabilidad) estipula lo siguiente:

«Un operador no será responsable de conformidad con el artículo 6 si demuestra que la emergencia ambiental fue causada por:

a) un acto u omisión necesaria para proteger la vida o la seguridad humanas;

b) un suceso que constituye en las circunstancias de la Antártida un desastre natural de índole excepcional, que no podría haberse previsto razonablemente, ya sea en general o en ese caso en particular, siempre que se hayan tomado todas las medidas preventivas razonables para reducir el riesgo de emergencias ambientales y el impacto adverso que pudieran tener;

c) un acto de terrorismo, o

d) un acto de beligerancia contra las actividades del operador.»

[85] Estrechamente asociada a la obligación de autorización previa existe la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Véase Xue, *op. cit.*, pág. 166. Okowa destaca por lo menos cinco tipos de obligaciones subsidiarias relacionadas con la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Una de ellas es que la naturaleza de la actividad, así como sus probables consecuencias, deben exponerse claramente y comunicarse a los Estados que puedan resultar afectados. No obstante, señala que, con la excepción de unos pocos convenios, suele estipularse que el Estado que propone la actividad es el único que puede determinar la probabilidad o la gravedad de los efectos adversos. Ninguno de los instrumentos que se examinan permite a terceros Estados proponer evaluaciones adicionales o distintas si no están satisfechos con las presentadas por el Estado de origen («Procedural obligations in international environmental agreements», págs. 282 a 285. Sobre el contenido de la evaluación del impacto ambiental, véase la nota 25, pág. 282, y pág. 286).

[86] *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 68, párr. 112.

[87] Ibíd., pág. 78, párr. 140. La CIJ declaró ser consciente de que en el ámbito de la protección del medio ambiente la vigilancia y la prevención son necesarias debido al carácter a menudo irreversible de los daños al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños. Con respecto al requisito de utilizar la mejor tecnología disponible, véase la nota 74 *supra*.

[88] Okowa, *op. cit.*, pág. 170, analiza los distintos componentes de las obligaciones de diligencia debida, incluida su condición jurídica, y afirma muy positivamente la obligación del Estado de origen de notificar, en caso de una situación de emergencia, a todos los Estados afectados los peligros a que han estado expuestos.

[89] En el caso *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, defendiendo la variante C que aplicó en el río Danubio y que suponía la apropiación de casi el 80 o el 90% del agua del Danubio, frente a la negativa de Hungría de atenerse a las condiciones del Tratado concertado entre Checoslovaquia y Hungría en 1977, Eslovaquia alegó que «es un principio general del derecho internacional que una parte perjudicada por el incumplimiento de otra parte contratante debe procurar mitigar los daños que ha sufrido». Refiriéndose a este principio, la CIJ señaló que «[d]e este principio resultaría que un Estado perjudicado que no ha adoptado las medidas necesarias para limitar el daño sufrido no tendría derecho a reclamar indemnización por ese daño que podría haberse evitado. Si bien este principio podría aportar una base para el cálculo de la indemnización, no podría por el contrario justificar lo que de otro modo sería un acto ilícito» (*C.I.J. Recueil 1997*, pág. 55, párr. 80). Otra cuestión es que la Corte considerara que la aplicación de la variante C era un acto ilícito y, por tanto, no siguió examinando el principio de la obligación de los Estados afectados de mitigar los efectos de los daños a que estaban expuestos. La propia disposición de la CIJ a considerar que todo incumplimiento a este respecto era un factor importante en el cálculo de la indemnización a que podrían tener derecho esos Estados equivale a un importante reconocimiento en el marco del derecho internacional general de la obligación que tienen los Estados afectados por un daño transfronterizo de mitigar los daños en la mayor medida posible.

[90] Véase la nota 67 *supra*.

costo económico y social injustificado para otros países, particularmente los países en desarrollo[91].

D. Principio de no discriminación y estándares mínimos

33. El principio de no discriminación se menciona en el proyecto de principio 6, párr. 3, donde se estipula que los Estados deberían velar por que las víctimas transfronterizas tengan acceso a recursos que no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan sus nacionales. Así pues, podría considerarse que este principio se refiere a requisitos tanto de procedimiento como sustantivos. El primer requisito, que es esencialmente de procedimiento, significa que el Estado de origen debería otorgar acceso a la justicia a los residentes del Estado afectado en la misma medida que lo hace a sus propios nacionales. Este es un requisito que goza de aceptación creciente en la práctica de los Estados[92]. Por otra parte, el segundo, que es el aspecto sustantivo del requisito de no discriminación, plantea cuestiones más difíciles relativas a su contenido preciso, y no goza del mismo consenso[93]. Se sugiere que, en la medida en que se reconozca a las víctimas transfronterizas el mismo nivel sustantivo de recursos que se otorga a los nacionales, habrá que considerar que los requisitos del principio se han cumplido plenamente.

34. Desde este punto de vista, como se señala en el comentario al proyecto de principio 6:

> [a] pesar de sus inconvenientes, ese principio, al dar acceso a la información y garantizar una cooperación apropiada entre los tribunales y las autoridades nacionales competentes a través de las fronteras nacionales, va más allá del requisito de que los Estados se atengan a un estándar mínimo de efectividad en lo que respecta a las vías de recursos ofrecidas a los demandantes transfronterizos[94].

Como se indica en el mismo comentario, el inconveniente sigue siendo que el párrafo 3 de principio 6 «no palía ni resuelve los problemas relativos al derecho aplicable» y, dado el contexto acotado del proyecto, no es posible que lo haga, y ello es un factor destacado y, por el momento, un «obstáculo» para ofrecer recursos judiciales rápidos, adecuados y eficaces a las víctimas[95]. Los Estados, con la asistencia de los órganos profesionales apropiados, deben seguir esforzándose, tanto a nivel bilateral como multilateral, para aliviar esos problemas.

35. En algunas regiones, el contenido del estándar mínimo se sigue perfeccionando constantemente. No obstante, para lograr un estándar mínimo de este tipo a nivel mundial deberá haber una mayor integración económica, social y política de valores entre los diferentes Estados y entre las regiones del mundo[96]. Por consiguiente, si bien no es posible garantizar una igualdad absoluta en todas las jurisdicciones mediante un estándar mínimo común a nivel mundial, debería ser posible sugerir que el principio de la no discriminación se basa en la hipótesis de que habrá recursos apropiados y una indemnización adecuada a disposición de los nacionales en primera instancia en caso de algún daño resultante de actividades peligrosas, y de que los mismos recursos y niveles de indemnización estarán también a disposición de las víctimas transfronterizas.

E. Garantía de una pronta y adecuada indemnización

36. El proyecto de principio 3 se refiere a la pronta y adecuada indemnización como objetivo principal del proyecto de principios. El criterio de prontitud y adecuación, que según se ha observado es la contribución más destacada del plan adoptado por la Comisión en 2004, es un estándar que encontró apoyo en el arbitraje *Fonderie de Trail*[97], en el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[98], en el artículo 235, párr. 2, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en el artículo 2, párr. 1, de las Reglas de Helsinki sobre los cursos de agua internacionales (ADI, 1996)[99], así como en precedentes en el derecho de los derechos humanos[100].

37. A este respecto, cabría aclarar que «prontitud» se refiere a los procedimientos que regirían el acceso a la justicia y las decisiones necesarias de conformidad con la legislación nacional que determina la indemnización pagadera en un caso concreto. Este es también un criterio

---

[91] Para una nota sobre las normas generales del derecho internacional aplicables al cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, véase Stoll, *loc. cit.*, págs. 180 a 183, y sobre la necesidad de aplicar el criterio de diligencia debida teniendo plenamente en cuenta los factores económicos y sociales que afectan a los Estados, págs. 181 a 182. Para una sugerencia al efecto de que si el Estado «desea mejorar la tecnología utilizada, existe la posibilidad de hacerlo transfiriendo la tecnología de conservación o de prevención apropiada a los Estados que no tienen acceso a ella por razones económicas o de otro tipo», véase Wolfrum, ««International environmental law: Purpose, principles and means of ensuring compliance», págs. 15 y 16.

[92] Véase Kiss y Shelton, *op. cit.*, págs. 201 a 203, y Birnie y Boyle, *op. cit.*, págs. 269 y 270. De conformidad con el aspecto de procedimiento de la no discriminación, habría que eliminar algunos requisitos del derecho procesal del Estado de origen, entre los cuales figuran, como señalan Cuperus y Boyle, «obtener de los demandantes extranjeros garantías de pago de los costos, no reconocer el derecho a asistencia letrada y no aceptar jurisdicción sobre acciones relacionadas con territorio extranjero» («Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», pág. 408).

[93] Birnie y Boyle señalan que en la medida en que es posible examinar la práctica de los Estados sobre una cuestión tan variada como es la de la igualdad de acceso, no es fácil obtener una imagen clara (*op. cit.*, págs. 271 a 274). Con respecto a las limitaciones de la norma de no discriminación, véanse las págs. 274 y 275. Véase también Xue, *op. cit.*, págs. 106 y 107. Véase también Kiss y Shelton, *op. cit.*, págs. 201 a 203; Birnie y Boyle, *op. cit.*, págs. 269 y 270, y Dupuy, «La contribution du principe de non discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement», pág. 135. Con respecto a la opinión de que el principio de no discriminación se ha convertido en un principio de derecho internacional general, véase Smets, «Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement», pág. 3.

[94] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), principio 6, párr. 7 del comentario.

[95] Ibíd., principio 6, párr. 8 del comentario.

[96] Xue lo plantea con toda claridad cuando señala, en primer lugar, que «[e]l resarcimiento de los daños no se refiere simplemente a la justicia de los tribunales, sino que es una cuestión económica que requiere asignación de recursos» (*op. cit.*, pág. 107) y, en segundo lugar, que incluso «cuando en un sistema ecológico, donde todas y cada una de las partes de los recursos están físicamente interrelacionadas, simplemente no es posible pasar por alto las fronteras nacionales, ya que en su interior existen diferentes sistemas políticos, económicos y sociales» (*op. cit.*, pág. 108).

[97] Naciones Unidas, RSA, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

[98] Véase la nota 67 *supra*.

[99] Cuperus y Boyle, *loc. cit.*, pág. 405.

[100] Para una valiosa orientación sobre la firme base en que descansa el principio de la pronta y adecuada indemnización, véase Boyle, *loc. cit.*, pág. 18.

que es necesario subrayar teniendo en cuenta que un contencioso en los tribunales nacionales en que intervenga una reclamación de indemnización puede ser costoso y prolongarse durante varios años. A fin de que el acceso a la justicia sea más amplio, eficiente y ágil, se ha sugerido el establecimiento de tribunales especiales sobre el medio ambiente, de ámbito nacional o internacional[101]. Por otra parte, indemnización «adecuada» puede referirse a muchas cosas distintas[102]. Por ejemplo, la suma global por concepto de indemnización acordada a raíz de las negociaciones entre el operador o el Estado de origen y las víctimas u otros Estados afectados después de consolidar las reclamaciones de todas las víctimas de un daño es una indemnización adecuada. La indemnización otorgada por un tribunal como consecuencia de un contencioso planteado en su jurisdicción será adecuada en tanto se cumplan todos los requisitos de garantías procesales. En cualquier caso, siempre que la indemnización concedida no sea arbitraria y gravemente desproporcionada con el daño sufrido realmente, aun cuando no represente una compensación completa, podrá considerarse adecuada. Dicho de otro modo, con la palabra «adecuada» no se quiere dar a entender «suficiente».

[101] Véase Rest, «Need for an International Court for Environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation». A nivel nacional, la Comisión Jurídica de la India presentó un argumento muy convincente a favor de establecer en la India tribunales nacionales para el medio ambiente (véase la nota 72 *supra*). El acceso a la justicia, particularmente para cuestiones relacionadas con el medio ambiente, es un aspecto esencial del artículo 21 de la Constitución de la India. Australia y Nueva Zelandia cuentan ya con tribunales para el medio ambiente.

[102] Para una enumeración exhaustiva de la aplicación en la práctica del principio de la indemnización pronta, adecuada y efectiva, véase Lefeber, *op. cit.*, págs. 229 a 311.

Capítulo III

Forma definitiva del proyecto de principios

38. Es necesario observar en primer lugar que, aunque los proyectos relativos a la prevención y a la asignación de la pérdida en caso de daños (incluida la responsabilidad) se concibieron originalmente como un todo integrado, en la práctica han avanzado sustantivamente en dos planos distintos. El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se elaboró contando con un amplio consenso sobre el contenido, que recibió una aceptación cada vez mayor en la práctica de los Estados y, lo que es aún más importante, reconocimiento en decisiones judiciales de todo el mundo. Por otra parte, el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se basa en ciertos principios generales respecto de los cuales existe un amplio consenso. Por ejemplo, el objetivo básico del proyecto de principios, que es la obligación de garantizar la pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos, está bien aceptado en la práctica de los Estados, y las decisiones judiciales nacionales y algunos comentaristas lo tratan como un principio general del derecho internacional. Así, por lo menos un autor sugirió que la Comisión considerase la posibilidad de modificar la redacción del párrafo 1 del proyecto de principio 4 y de los párrafos 1 y 3 del proyecto de principio 6, de manera que en vez de tener forma de recomendación fueran más prescriptivos, sustituyendo la palabra «debería(n)» por «deberá(n)», de manera que los progresos de la Comisión sobre esta importante cuestión no se reduzcan a una mera «ilusión»[103].

39. No obstante, por lo que respecta al complejo de obligaciones conexas que son igualmente importantes para dar plena efectividad a la obligación básica, parece que se necesita tiempo para que obtengan reconocimiento judicial y afirmación en la práctica de los Estados. Las obligaciones de conducta y de diligencia debida que, con arreglo a lo sugerido por el proyecto de principios, debería asumir el Estado para dar plena efectividad al principio de la pronta y adecuada indemnización a las víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, a diferencia de las obligaciones de diligencia debida impuestas al Estado en el contexto de la prevención, requieren una aceptación mayor y más uniforme en la práctica de los Estados. También están a la espera de confirmación por decisiones judiciales en todo el mundo, las cuales todavía son pocas y dispersas. Puede hacerse referencia a este respecto, a modo de ejemplo, a los principios siguientes: la obligación del Estado de disponer el establecimiento de una red más amplia de fondos, incluida la obligación de participar en un fondo de este tipo, para atender las reclamaciones de indemnización cuando éstas no puedan ser atendidas por el operador debido o bien a la responsabilidad limitada aceptada en la ley del país o bien a su insolvencia; la obligación del operador de contar con un nivel suficiente de cobertura de seguro en relación con la operación peligrosa que presenta el riesgo, así como la obligación del Estado de garantizarlo[104]; la obligación de un Estado de instaurar cierto grado de preparación para imprevistos y de poseer una capacidad técnica y económica proporcional al riesgo de la operación; las obligaciones adicionales del Estado no sólo de supervisar operaciones tecnológicamente complejas sino también de establecer medidas de respuesta eficaces en caso de que se produzca un incidente; y la obligación de ir más allá del principio básico de la no discriminación y proporcionar recursos administrativos y judiciales e indemnización con arreglo a ciertos estándares mínimos con respecto a los cuales todavía no hay suficiente claridad ni consenso.

[103] Boyle, *loc. cit.*, pág. 19.

[104] En el contexto de las negociaciones de la UE sobre la responsabilidad en relación con el medio ambiente, se afirma que el acuerdo sobre la directiva se alcanzó después de casi 15 años y que una de las últimas cuestiones que impedía el acuerdo era la relativa a los seguros. La solución de avenencia consistió en hacer que el requisito relativo al seguro fuera opcional y no obligatorio (véase «European Union Agrees to Make Polluters Pay for Environmental Damage», *France Presse*, citado en el memorando sobre la legislación nacional de Suecia preparado por un estudiante de la Facultad de Derecho de la George Washington University (nota 77 *supra*), pág. 17, en posesión del Relator Especial).

40. No es difícil comprender por qué el consenso internacional va surgiendo con tanta lentitud. Existen diferencias en los sistemas jurídicos y entre las prácticas de los Estados, aun cuando éstos tengan un sistema jurídico similar. Las dificultades inherentes a cualquier actividad de armonización a nivel mundial también son evidentes. Las realidades políticas, las prioridades del desarrollo y las limitaciones de recursos que tienen los países en desarrollo son otros tantos factores. Lo antedicho se pone de manifiesto en un estudio de la condición jurídica de los principios al que se ha hecho referencia y en los informes anteriores, así como en parte de las conclusiones alcanzadas por el Relator Especial en su segundo informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[105].

41. Se recordará también que la Comisión ya debatió la cuestión de la forma que podría adoptar el producto final del actual proceso. Mientras que se hizo la sugerencia de adoptar los principios en forma de «mecanismo marco» sin redactar normas primarias, otra sugerencia fue adoptarlos como directrices para ayudar a los Estados a dar un contenido más positivo a la obligación básica de cooperación. «En la práctica», señala Sinclair, «no se adoptó una decisión definitiva sobre la forma que tendría el producto final, aunque las deliberaciones pusieron de manifiesto que el tema tal vez no se prestaría al tratamiento que la Comisión suele aplicar a la redacción de artículos para acabar incorporándolos en una convención»[106].

42. Formular todo el producto final de una manera más prescriptiva sería positivo sólo si fuera posible y viable[107]. Tampoco puede negarse que sería positivo formular el producto final como proyecto de principios cuando ésta fuera la mejor forma de proceder por falta de una alternativa mejor[108]. Esto se puso de relieve en el comentario al proyecto de principios al señalar que:

> En definitiva, la Comisión concluyó que el proyecto de principios recomendado tendría la ventaja de no exigir una armonización posiblemente inalcanzable de los sistemas jurídicos y los derechos nacionales. Se cree asimismo que será más fácil alcanzar el objetivo de una aceptación general de las disposiciones sustantivas si éstas se formulan como un proyecto de principios recomendado[109].

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

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

---

[105] Véase *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/540, párr. 36, conclusión 10.

[106] Sinclair, *op. cit.*, pág. 38.

[107] Se ha afirmado que «[l]as obligaciones concretas (acciones y medidas específicas) tienden a ser más estrictas y rigurosas, y supervisar el cumplimiento de obligaciones concretas es, *ceteris paribus*, considerablemente más fácil que hacerlo con otras categorías de obligaciones. Además, las obligaciones concretas tienen el potencial de impedir controversias, especialmente si las obligaciones constituyen al mismo tiempo, implícita o automáticamente, derechos directos para las partes, como las obligaciones relativas a las actividades transfronterizas (por ejemplo, el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 1998, y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología [del Convenio sobre la Diversidad Biológica])» (Koester, «Global environmental agreements. Drafting, formulation and character», pág. 170). Sin embargo, la mayoría de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente constituyen un buen ejemplo del «arte de lo posible», porque se aprueban por consenso. Se ha dicho que este proceso muestra una fuerte tendencia a buscar el «mínimo común denominador», y se ha descrito con términos aún más pesimistas. No obstante, la realidad es que «los países desean pasar a ser partes y por tanto promueven disposiciones que podrán cumplir, y para este fin evalúan no sólo hasta qué punto se necesitará modificar la legislación nacional, sino también hasta qué punto son viables las disposiciones, cuáles son sus consecuencias económicas, etc. Difícilmente pueden criticarse las consideraciones de este tipo» (ibíd.).

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

[109] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), Comentario general, párr. 14 del comentario.

Capítulo IV

Relación entre el proyecto de principios y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

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

pronta y adecuada indemnización. En el mismo proyecto de artículos podría indicarse que esta obligación básica deberá hacerse efectiva teniendo presente el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida que la Comisión tal vez desee concluir en segunda lectura, que será la definitiva. Este proyecto de principios podría incluirse como anexo en una parte separada de la posible resolución acompañante.

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