

121. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que haga algunas observaciones generales a la Comisión para ayudar a ésta en el proceso de remisión del séptimo informe al Comité de Redacción.

122. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que hay dos disposiciones que todavía plantean dificultades. Primero, la propuesta del Gobierno de Italia de imponer a los Estados, en el proyecto de artículo 2, la obligación de ejercer la protección diplomática. Esa propuesta ha sido aprobada por unos pocos miembros de la Comisión, y el propio orador es, hasta cierto punto, partidario de ella. Sin embargo, la mayoría de los miembros, bien se han mantenido en silencio sobre la cuestión, lo que implica que apoyan el *status quo*, que confiere facultades discrecionales al Estado, bien se han manifestado en contra de la propuesta. En consecuencia, sugiere que esa propuesta no se remita al Comité de Redacción y que, en vez de ello, tal vez se pueda señalar en el comentario que el derecho internacional está desarrollándose en esa dirección. En cuanto al nuevo proyecto de artículo 20 que el orador ha propuesto, entiende que 12 miembros se han pronunciado a favor de su inclusión y 6 se han pronunciado en contra. De los 12 que se han declarado a favor, muchos han expresado la opinión de que la Comisión debe adoptar una posición cautelosa y moderada. De los 6 que han hablado en contra de ella, 4 han dicho que no era prudente o que era prematuro incluir ese artículo. Así pues, el orador sugiere que se remitan al Comité de Redacción los 19 proyectos de artículos contenidos en el séptimo informe y aprobados en primera lectura⁵², junto con el proyecto de artículo 20 que él ha propuesto, a fin de que el Comité de Redacción los examine teniendo presentes los comentarios de los miembros de la Comisión y de los gobiernos, con la reserva de que la Comisión no debe hacer un trabajo demasiado radical sobre esta cuestión, ya que la mayoría de sus miembros son partidarios de un enfoque prudente.

123. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea remitir todas las propuestas al Comité de Redacción para que las examine en segunda lectura.

Así queda acordado.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 1 del programa]

124. El Sr. KOLODKIN (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que, para el examen del tema de la protección diplomática, el Comité de Redacción está compuesto actualmente por el Sr. Brownlie, el Sr. Chee, el Sr. Candioti, el Sr. Economides, la Sra. Escarameia, el Sr. Gaja, el Sr. Kemicha, el Sr. Mansfield, el Sr. Matheson, el Sr. Momtaz y el Sr. Yamada, junto con el Sr. Dugard (Relator Especial) y con la Sra. Xue (Relatora), por razón de su cargo.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2872.ª SESIÓN

Martes 9 de mayo de 2006, a las 10.02 horas

Presidente: Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Valencia-Ospina, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 1 del programa]

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Valencia-Ospina y dice que la Comisión se felicita de contar entre sus miembros con un profesional tan eminente del derecho internacional.

2. El Sr. VALENCIA-OSPINA se congratula también de la idea de contribuir a los trabajos de la Comisión. Recuerda el camino que ha recorrido desde el día en que, hace 40 años, el joven jurista que él era realizó su sueño de asistir a un período anual de sesiones de la Comisión. Recuerda igualmente su encuentro con el Sr. Sepúlveda, a quien tiene el honor de reemplazar y que acaba de ser nombrado magistrado de la CIJ, donde el propio orador ejerció en el pasado las funciones de Secretario. Está muy reconocido a los miembros de la Comisión por haberlo acogido entre ellos, ya que formar parte del más alto órgano de las Naciones Unidas que se ocupa del desarrollo progresivo del derecho y de su codificación corona el trabajo de toda una vida consagrada a las actividades jurídicas de las Naciones Unidas.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) (A/CN.4/562 y Add.1⁵³, A/CN.4/566⁵⁴, A/CN.4/L.686 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

3. El PRESIDENTE invita al Relator Especial, Sr. Sreenivasa Rao, a presentar su tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (A/CN.4/566).

⁵² Véase la nota 7 *supra*.

* Reanudación de los trabajos de la 2868.ª sesión.

⁵³ Reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).

⁵⁴ Ídem.

4. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que analiza en primer lugar (párrs. 3 y 4) los comentarios y observaciones de los gobiernos (A/CN.4/562 y Add.1) acerca del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado en primera lectura en 2004⁵⁵. En conjunto, los gobiernos han aprobado las opciones en que se basa el proyecto de principios, a saber, que su ámbito de aplicación debe ser el mismo que el del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas⁵⁶, en espera de una decisión de la Asamblea General desde 2001, y que debe ser de carácter general y residual, dejando a los Estados el margen de maniobra necesario para concebir regímenes de responsabilidad adaptados a sus necesidades y a las particularidades del sector de que se trate.

5. Los Estados han aceptado en particular la obligación de asegurar, mediante el establecimiento de un sistema eficaz de recursos, el pago de una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Esta obligación se enuncia en el principio 4, en el que se definen las medidas que hay que adoptar a tal efecto. El principio dispone que la responsabilidad incumbe al explotador, que es objetiva pero limitada y que tiene unas excepciones mínimas. El explotador debe constituir un seguro para cubrir las posibles indemnizaciones. Además, los Estados son cada vez más partidarios de ampliar la base de las garantías financieras, particularmente en los casos en que el explotador quede exonerado de responsabilidad, de que su responsabilidad limitada no cubra la totalidad de la reclamación o de que no esté en condiciones de cumplir sus obligaciones.

6. Los Estados han considerado igualmente esencial establecer los procedimientos apropiados para que se haga efectiva la indemnización prevista en el principio 4. Este es el objeto del principio 6, que trata de los recursos internos y de los recursos internacionales. Entre los medios previstos figuran la creación de comisiones internacionales de solución de reclamaciones y el pago de indemnizaciones globales. El derecho a la información, el acceso sin discriminación a los mecanismos administrativos y judiciales y la posibilidad de obtener una indemnización rápidamente y con unos gastos mínimos son otros tantos elementos necesarios para todo mecanismo eficaz. El principio 6 subraya que, en todo caso, los mecanismos de que se disponga no deberían ser menos rápidos, adecuados y efectivos que aquellos de que dispongan los nacionales para la misma reclamación. Los Estados han reconocido en sus comentarios la importancia de esas diferentes medidas, pero, en conjunto, estiman que ninguna fórmula general puede conciliar todos los elementos y que, por consiguiente, es preferible un planteamiento flexible.

7. La definición del término «daño» que figura en el principio 2 ha obtenido un gran consenso. Sin embargo, se han expresado opiniones divergentes sobre las cuestiones relativas al daño al medio ambiente propiamente dicho,

sobre la legitimación activa en ese caso y sobre el tipo de reclamaciones admisibles. Los Estados han aceptado también, en conjunto, los principios 5, 7 y 8, que conciernen, respectivamente, a las medidas de respuesta, a la necesidad de elaborar regímenes de responsabilidad más específicos para los daños transfronterizos y a la necesidad de transponer el proyecto de principios en el derecho interno de los Estados. Algunos han juzgado que convendría que la Comisión precisase los medios de hacer más efectiva la obligación fundamental de asegurar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas, pero otros han estimado que, si se entra en demasiados detalles, se corre el riesgo de poner en peligro el carácter general y residual del sistema y de pecar por exceso de reglamentación. Las opiniones también han diferido sobre la forma que debería revestir el proyecto de principios.

8. En la sección siguiente del informe el Relator Especial responde a las peticiones de aclaración hechas por los Estados sobre cierto número de puntos planteados en relación con diferentes principios. Los párrafos 11 a 22 tratan, en particular, de las reclamaciones relativas a los daños causados al medio ambiente *per se* y a los daños causados a un valor de «no uso», así como de la manera de tratar una multiplicidad de reclamaciones y de la condición jurídica del proyecto de principios. En lo que se refiere a la definición de medio ambiente, que algunos consideran tal vez demasiado general, el Relator Especial cree que, en el marco de un régimen general y residual, conviene formularla en los términos más amplios posibles a fin de atenuar «toda limitación impuesta por los regímenes de responsabilidad a las medidas correctivas aceptables»⁵⁷. Una definición global es igualmente necesaria para facilitar el reembolso de los gastos relacionados con las medidas razonables de respuesta encaminadas a evitar daños al medio ambiente o a atenuar sus efectos, así como para favorecer el desarrollo progresivo del derecho, fundándose particularmente en la jurisprudencia de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en materia de reclamaciones por daños al medio ambiente propiamente dicho.

9. La multiplicidad de reclamaciones es un problema bien real, que puede surgir en diferentes situaciones después de producirse un daño transfronterizo. A este respecto, se tiende a dejar a la víctima la elección del foro, por ejemplo entre el Estado en el que se realiza la actividad peligrosa y el Estado en el que se ha producido el daño. Con una sola jurisdicción, se evita o se reduce el riesgo de que haya multiplicidad de reclamaciones. Cuando se han depositado múltiples reclamaciones tanto contra el explotador como contra el Estado de origen, una misma legitimación activa puede dar lugar a una doble indemnización. El tribunal puede evitarlo reagrupando las reclamaciones o dividiendo la reparación del daño entre el explotador y el Estado de origen en función de la responsabilidad de cada uno. No obstante, hay otras soluciones posibles. En todo caso, a los efectos del proyecto de principios, el postulado es que no se invoca la responsabilidad del Estado porque se presume que éste ha cumplido plenamente su obligación de actuar con la diligencia debida.

⁵⁵ *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 175.

⁵⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 156, párr. 97.

⁵⁷ *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), pág. 81, párr. 176 (párrafo 16 del comentario al proyecto de principio 2).

10. En lo que se refiere a la condición jurídica del proyecto de principios, el Relator Especial recuerda que la Comisión no tiene por norma precisar qué partes de un proyecto se inscriben en el marco de la codificación del derecho consuetudinario y qué partes entran en la categoría del desarrollo progresivo del derecho. Sin embargo, es innegable que no están desprovistos de interés jurídico los esfuerzos que realiza cuando «consolida las novedades adoptadas en un ámbito particular del derecho y las convierte en parte del *droit acquis*».

11. En respuesta a los comentarios de ciertos Estados, el Relator Especial recuerda en los párrafos 7 a 10 del informe por qué se ha decidido fijar un «umbral» para la aplicación del proyecto de principios, por qué sería inútil elaborar una lista de las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación y por qué es difícil ampliar ese ámbito de aplicación.

12. El capítulo siguiente del informe trata de la evolución de las reglas en que se basa el proyecto de principios, como el principio de precaución, el principio de quien contamina paga, el fundamento jurídico de la responsabilidad, las obligaciones destacadas de los Estados en materia de reglamentación de las actividades peligrosas y las normas mínimas que permitan garantizar la igualdad de acceso a la justicia y asegurar una pronta y adecuada indemnización.

13. El principio de precaución desempeña una función esencial cuando el Estado cumple su deber de prevención, particularmente en la fase de la autorización de una actividad peligrosa. Su función es igualmente importante cuando un daño transfronterizo es inminente o se ha producido ya. De ese principio se desprende también la obligación que tiene el Estado de evitar un daño transfronterizo, o de atenuar sus efectos, utilizando las técnicas óptimas disponibles. Además, los tribunales deciden frecuentemente suspender o hacer cesar una actividad peligrosa para el medio ambiente incluso si no se ha demostrado con datos científicos seguros la amenaza de un daño grave e irreparable, lo que prueba que el principio de precaución es aplicable incluso después de haberse autorizado la actividad.

14. Se acepta cada vez más el principio, nacido del derecho consuetudinario, de que quien contamina paga, principio consistente en imponer al explotador —cualquiera que sea el sentido que se dé a este término— una responsabilidad objetiva pero limitada. Ahora bien, si se acepta la responsabilidad objetiva como norma internacional aplicable a la responsabilidad por las actividades peligrosas que pueden causar un daño transfronterizo, conviene definir cuidadosamente sus elementos. Una definición apropiada es indispensable para alcanzar el objetivo clave del proyecto de principios, que consiste en asegurar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas. A este respecto, la práctica tiende cada vez más a hacer más flexible la noción de previsibilidad, a reducir la posibilidad de hacer valer el «uso natural» y a limitar al máximo las excepciones a la responsabilidad del explotador (párrafos 29 y 30 del informe).

15. Las obligaciones destacadas de los Estados conciernen a la gestión de las actividades peligrosas que pueden

causar daños transfronterizos, en particular después de haberse producido una situación que dé lugar a un daño. El Estado está obligado especialmente a ejercer un control continuo sobre las actividades peligrosas, a elaborar planes de urgencia lo más eficaces posible, teniendo en cuenta los conocimientos más recientes en materia de riesgos y los medios técnicos y financieros disponibles, y a utilizar las mejores técnicas existentes para evitar todo daño transfronterizo o para atenuar sus consecuencias. El Estado está igualmente obligado a prevenir a todos los Estados interesados cuando se produce una situación crítica; una vez prevenidos, esos Estados deben, a su vez, tomar todas las medidas razonables para mitigar el daño transfronterizo. Esta obligación de diligencia es una obligación de buena gobernanza que cada Estado cumple en función de su situación social y económica. En efecto, las normas aplicadas por ciertos países pueden no convenir a otros, en particular a los países en desarrollo, por su costo social y económico injustificado (véase el párrafo 32 del informe).

16. El Estado tiene además la obligación de instituir un régimen jurídico apropiado en el que se establezcan recursos efectivos para ofrecer una pronta y adecuada indemnización a sus nacionales. Esta obligación deberá luego hacerse extensiva a las víctimas de daños transfronterizos, sin ninguna discriminación, exigencia que se acepta cada vez mejor. De todas formas, el Estado debe, como mínimo, asegurarse de que los recursos a los que tengan acceso las víctimas de daños transfronterizos no sean menos rápidos, adecuados y efectivos que aquéllos de que dispongan sus nacionales (véase el párrafo 33 del informe).

17. En lo que se refiere a la cuestión de la pronta y adecuada indemnización, las propuestas de creación de tribunales especiales nacionales e internacionales en la esfera del medio ambiente para acelerar los procedimientos no son bien acogidas todavía en el plano internacional más que por ciertos países. Por otra parte, es difícil definir con precisión lo que se entiende por indemnización «adecuada». Con todo, puede considerarse adecuada una indemnización que no sea ni arbitraria ni desproporcionada al daño efectivamente sufrido, incluso aunque no sea íntegra. En otros términos, «adecuada» no significa «suficiente» (véase el párrafo 37 del informe).

18. En lo que concierne, por último, a la forma definitiva del proyecto de principios (párrafos 38 a 44 del informe), la Comisión se reservó su posición la última vez que examinó el asunto, en 2004⁵⁸. En el informe se recomienda, una vez más, que el texto se limite a principios y que no se transforme el proyecto en una convención. La principal razón de ello es que hará falta cierto tiempo para que el conjunto de las prescripciones relacionadas con la obligación básica de garantizar una pronta y adecuada indemnización sea reconocido por los tribunales y afirmado de manera uniforme en la práctica de los Estados. Actualmente se constata que hay diferencias en función de la instancia judicial y del tipo de actividad (párrs. 39 y 40). El Relator Especial estima, por lo demás, que un proyecto de principios que obtenga un gran consenso sería mucho más útil para el desarrollo del derecho que un proyecto de artículos que probablemente no sería aprobado más que por una mayoría calificada.

⁵⁸ *Ibid.* (párrafo 14 del comentario general).

19. El último capítulo del informe (párrs. 45 y 46) trata de la relación entre el proyecto de principios y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en 2001. Se sugiere que la Asamblea General considere la posibilidad de aprobar el proyecto de artículos sobre la prevención en forma de convenio, después de haber examinado esos artículos en un grupo de trabajo de la Sexta Comisión. Se podría después pensar en incluir ciertos elementos de responsabilidad en forma de un artículo suplementario del proyecto de convenio, en el que se precisaría que la obligación de dar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos podría ser cumplida por los Estados teniendo presente el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida, principios que podrían acompañar como anexo al convenio. Otra solución sería que la Asamblea General aprobase dos resoluciones distintas, una para aprobar un proyecto de convenio sobre la prevención y otra para aprobar el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida.

20. El Relator Especial añade que ha hecho todo lo posible para examinar las diferentes cuestiones planteadas por los gobiernos, así como ciertos problemas importantes que han sido ampliamente comentados en la Comisión y fuera de ella. El orador se ha esforzado por no esquivar ninguna cuestión, pero debe reconocer que no tiene respuesta completa y definitiva a todas y cada una de ellas. Al recomendar la forma de proyecto de principios, el orador ha seguido su juicio y su intuición, y no puede sino esperar que los demás miembros de la Comisión hagan otro tanto.

21. El Sr. MANSFIELD juzga muy alentador el tercer informe del Relator Especial, ya que hace una descripción del tema muy diferente de la que ha prevalecido durante el período, muy largo, en que la cuestión viene figurando en el programa de la Comisión. El análisis de las opiniones de los gobiernos sobre el proyecto de principios demuestra que esas opiniones son similares, lo que contrasta con las grandes divergencias del pasado.

22. Con toda probabilidad, la Comisión acabará el examen de la cuestión en el actual período de sesiones y someterá a la Sexta Comisión el texto que ésta espera desde hace largo tiempo. Si lo consigue, será gracias al Relator Especial, que no ha escatimado esfuerzos. Ha escuchado con atención y benevolencia opiniones muy divergentes, ha calmado temores muy diversos y ha tratado de hallar soluciones intermedias y soluciones constructivas cuando los desacuerdos parecían hacer imposible todo progreso. Además, ha solicitado y obtenido la participación y el concurso de todos los miembros de la Comisión y ha aprovechado su competencia y su experiencia. El orador quiere expresarle personalmente su reconocimiento y su admiración por el talento jurídico y diplomático de que ha dado muestras.

23. Después de la introducción, el Relator Especial describe lo que denomina tendencias destacadas que se observan en los comentarios y observaciones de los gobiernos, tendencias que muestran el camino recorrido en el examen de la cuestión. Como observa el Relator Especial, esas tendencias indican que los Estados comparten las

consideraciones de orden general basándose en las cuales la Comisión ha aprobado ya el proyecto de principios en primera lectura.

24. Enumerando las razones por las que era esencial que la Comisión abordase esta cuestión y acabase su examen, el orador dice que, primero, los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado no tratan más que de los hechos u omisiones internacionalmente ilícitos imputables al Estado. Segundo, los proyectos de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y la intervención elaborados por la Comisión son muy importantes, pero, incluso si se aplican literalmente, no pueden eliminar totalmente el riesgo de accidente. Tercero, si se produce una pérdida cuando el Estado de que se trate ha cumplido sus obligaciones de prevención, no hay ningún hecho internacionalmente ilícito en el que fundar una reclamación. Cuarto, a menos que esa pérdida afecte a una víctima inocente, es evidente que los trabajos de la Comisión adolecen de una laguna que se deja sentir bastante, habida cuenta de la complejidad tecnológica del mundo contemporáneo. El hecho de que los Estados, en su conjunto, hayan apoyado las principales consideraciones de orden general en que se basa el proyecto de principios demuestra que tienen gran interés en que esa laguna se colme de una manera que sea apropiada y elaborada y que ofrezca suficiente flexibilidad para tener en cuenta las necesidades específicas de los diferentes sectores en que se desarrollan actividades potencialmente peligrosas, así como los distintos mecanismos previstos en los diversos ordenamientos jurídicos para indemnizar a las víctimas.

25. Para el orador, eso demuestra igualmente que se comprende y se acepta cada vez más la idea de que la indemnización de las víctimas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas forma hoy día parte de los costos esenciales inherentes a toda actividad y, lo que es más, de los costos que es posible controlar. Como ya ha señalado, los costos ocasionados por los accidentes son muy elevados, haya o no obligación de pagar una indemnización. Por eso importa poco que la actividad se desarrolle en el sector público o en el sector privado y en un país desarrollado o en un país en desarrollo, ya que la prevención de los accidentes debe tener una prioridad absoluta, aunque sólo sea desde el punto de vista de la eficacia y de la rentabilidad. Hoy día se conviene en reconocer que el costo de la prevención, así como los costos conexos si fracasa la prevención, no constituyen una carga inoportuna, inútil o suplementaria y que la prevención es condición esencial de la eficacia y de la eficiencia sin las cuales es poco probable que una empresa viva mucho tiempo, a menos que goce de subvenciones costosas que no son ni aceptables ni viables en el contexto internacional actual.

26. En la sección siguiente (párrs. 5 a 22), el Relator Especial recuerda ciertas cuestiones que los gobiernos han planteado con respecto al proyecto de principios. En lo que se refiere a la cuestión del umbral, el orador acepta la utilización del adjetivo «sensible», en el entendimiento de que, como lo indica el Relator Especial en el párrafo 7 de su informe, ese umbral tiene por finalidad impedir que se presenten demandas frívolas o malintencionadas y se define de forma que se permitan todas las

reclamaciones que se refieran a daños que no sean insignificantes. El orador supone que esta explicación figurará en los comentarios.

27. En cuanto a los puntos abordados en los párrafos 9 y 10 del informe, es decir, respectivamente, la sugerencia de incluir una lista de actividades comprendidas en el campo de aplicación del proyecto de principios y la idea de ampliar el alcance del proyecto de principios, el orador cree, por las razones expuestas por el Relator Especial, que no es necesario modificar el texto aprobado en primera lectura en 2004.

28. En lo que concierne al punto sobre daños al medio ambiente *per se* y reclamaciones de indemnización por daños causados a un valor de «no uso», es cierto que el hecho de no incluir el patrimonio común de la humanidad en la definición de medio ambiente, en el proyecto de principio 2, crea una laguna importante, pero esa decisión deliberada del Grupo de Trabajo, del que formaba parte el orador, no refleja en modo alguno falta de interés por la cuestión. Más bien indica, como lo señala el Relator Especial (párr. 12), que el patrimonio común de la humanidad plantea problemas que le son propios en lo que se refiere a la legitimación activa, al foro competente, al derecho aplicable y a la cuantificación del daño, problemas que es necesario examinar en otro contexto. Dicho esto, el orador comparte la opinión expresada por el Relator Especial en el párrafo 13 en el sentido de que es mejor formular una definición amplia de «medio ambiente», y aprueba las observaciones que el Relator Especial hace en el párrafo 14 en el sentido de que cada vez se reconoce más en el plano internacional la importancia del «valor no comercial» del medio ambiente y de que es legítimo tener en cuenta ese valor en las reclamaciones sobre daños al medio ambiente.

29. En relación con el punto siguiente, el orador no está convencido de la existencia de un riesgo de multiplicidad de reclamaciones. No conoce ninguna situación en la que una víctima haya recibido una doble indemnización. Las reclamaciones se tramitan siempre de forma que se evite eso. Ciertamente es que la posibilidad de presentar una reclamación por incumplimiento de la obligación de prevención no aparece hasta que se ha causado un daño y hasta que se ha presentado una reclamación por ese daño, pero se puede confiar en que los tribunales nacionales e internacionales velarán por que esas cuestiones y reclamaciones distintas se gestionen como conviene.

30. El orador estima que los comentarios del Relator Especial sobre la condición jurídica del proyecto de principios, son fundados (párrs. 19 a 22). No es seguro que interese proseguir el estudio. Por su parte, no duda de que los principios tendrán una utilidad y un peso, no sólo en el plano político, sino también en el plano jurídico. Además, algunos de ellos tal vez tengan ya el estatuto de norma general de derecho internacional, como lo indica el Relator Especial en el capítulo del informe dedicado al examen de algunos aspectos destacados del proyecto de principios. En conjunto, el orador suscribe las observaciones del Relator Especial sobre los cinco aspectos de los principios examinados en los párrafos 23 a 37 del informe. Señala que en ese capítulo, el Relator Especial ha incluido nuevas referencias a la práctica reciente y decisiones y

publicaciones que vienen a reforzar los principios mismos. El orador señala que hay un error en la nota de pie de página en el párrafo 30, que debe decir «que no hubiera sido razonable prever», en vez de «que hubiera sido razonable prever».

31. Sobre la base del tercer informe del Relator Especial, el orador aprueba el envío del proyecto de principios al Comité de Redacción. Al hacerlo, reconoce que sobre esta delicada cuestión se ha llegado a un consenso, que durante largo tiempo no existió en la Comisión, a favor de que se adopte la forma de proyecto de principios, y, por las razones suplementarias aducidas por el Relator Especial, cree que es procedente que el texto final tenga esa forma. Dicho esto, no dejará de apoyar todo esfuerzo que pueda hacer el Comité de Redacción para encontrar formulaciones más imperativas en ciertos puntos, respetando la condición jurídica del proyecto, o, por lo menos, para que la redacción no vinculante de los principios no ponga en tela de juicio el hecho de que algunos de ellos, por lo menos, habrían podido obtener un rango superior.

32. En cuanto a la relación entre el proyecto de principios y el proyecto de artículos sobre la prevención, el orador no tiene, en el momento actual, una opinión muy definida. Las dos posibilidades expuestas por el Relator Especial parecen aprovechables, pero puede ser que, al finalizar los trabajos del Comité de Redacción, éste o un grupo de trabajo estén en mejores condiciones de formular ciertas recomendaciones más específicas y más matizadas.

33. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Relator Especial por su disponibilidad, su paciencia y sus esfuerzos por llegar a soluciones conciliatorias entre opiniones muy divergentes en una esfera que evoluciona rápidamente.

34. Abordando la cuestión de la forma definitiva del documento, la oradora recuerda que la Comisión se reservó el derecho de volver a ocuparse de esta cuestión con motivo del examen del proyecto en segunda lectura⁵⁹, en función de las observaciones que hubieran formulado los gobiernos. De los tres Estados que han comunicado sus observaciones por escrito, dos, México y los Países Bajos, han preconizado un convenio-marco, mientras que el tercero, los Estados Unidos, ha declarado que prefiere los principios porque «será más fácil alcanzar el objetivo de una aceptación general de las disposiciones sustantivas si éstas se formulan como un proyecto de principio recomendado». Ese es el argumento que se aduce constantemente, pero la oradora quiere apartarse de esa posición. De hecho, la conclusión inversa es la que le parece más plausible. Tanto las observaciones de los gobiernos como los debates de la Sexta Comisión demuestran que la mayoría de los Estados son partidarios de un convenio o están abiertos a esa idea. Esa es la razón por la que, en el párrafo 3 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, la Asamblea General estimó que la prevención y la asignación de la pérdida constituían un solo tema e indicó que la Comisión debía tener presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad. De esas instrucciones se desprende inevitablemente que no se puede adoptar un convenio para la prevención y un conjunto de

⁵⁹ *Ibid.*

principios para la asignación de la pérdida. En sus observaciones escritas, México declara que la forma de proyecto de artículos no contribuiría a la certeza jurídica ni al logro del objetivo último de proteger el medio ambiente y asegurarse de que «quien contamina paga» (véase A/CN.4/562). A esto se añade, para la oradora, el hecho de que la víctima inocente —se trate del medio ambiente o de una persona— no debe sufrir la pérdida. Si se desea que haya obligaciones jurídicas, no hay que contentarse con enunciar algunos principios generales, sino más bien formular un conjunto de normas imperativas. El resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones en 2005 parece indicar que los Estados son partidarios de ello⁶⁰. Además, la necesidad de un conjunto de normas imperativas está reconocida casi universalmente por las organizaciones no gubernamentales y por universitarios tales como Boyle, tan a menudo citado por el Relator Especial.

35. En vista de esta situación, la oradora deplora que el Relator Especial suscriba las opiniones expresadas por los Estados Unidos en sus observaciones preconizando la forma de proyecto de principios en el párrafo 44 de su informe.

36. Formulando algunas observaciones generales, la oradora señala que el proyecto de principios no hace en modo alguno obligatoria la indemnización; incluso si revistiese la forma de proyecto de artículos, no daría a las víctimas un derecho a indemnización sino que simplemente prevería el establecimiento de mecanismos de indemnización, y, como no se trata más que de un proyecto de principios, la garantía de que se indemnizase a las víctimas estaría sumamente alejada. Estos mecanismos no están ni siquiera precoordinados de forma que las víctimas puedan ejercer fácilmente un recurso, por lo que se necesitarán mucha energía, mucho tiempo, muchos conocimientos y muchos recursos financieros para poder utilizar los procedimientos previstos en los principios.

37. En lo que concierne al proyecto de principios, convendría ante todo, como han señalado los Países Bajos, suprimir las palabras «en cuanto sea posible» en el quinto párrafo del preámbulo, porque se deben instituir medidas eficaces para que las personas físicas y morales no sufran pérdidas. En lo que atañe al principio 1, la oradora, recordando que ya pidió, sin éxito, que se suprimiese la noción de «daño sensible», señala que los Países Bajos, en su observación escrita y esgrimiendo los argumentos ya aducidos por los países nórdicos ante la Sexta Comisión, se declaran opuestos a la utilización del término «sensible»⁶¹. Argumentan, en particular, que varias convenciones, entre ellas la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, no imponen ese umbral, y que habría que fijar un umbral mucho más bajo porque no se trata de relaciones entre Estados, como en el marco de la prevención, sino de la indemnización que hay que pagar a una persona natural por un daño ordinario. Asimismo habría que evitar toda práctica discriminatoria; ahora bien, las víctimas nacionales no tienen que

probar que han sufrido un daño sensible y pueden obtener una indemnización por daños, sean cuales fueren éstos, en tanto que las víctimas extranjeras tienen que probarlo. A este respecto, la oradora no ha comprendido muy bien lo que quiere decir el Relator Especial en el párrafo 8 del informe en relación con «formas de discriminación de trato entre nacionales y extranjeros» que se admitirían en derecho internacional. Esa discriminación, si existe, es probablemente a favor de los extranjeros, mientras que, en el marco del proyecto de principios, es favorable a los nacionales. Convendría, pues, que se diera alguna explicación a este respecto.

38. En lo que se refiere a la cuestión del tiempo, ya evocada por otros miembros de la Comisión, un daño puede parecer insignificante en el momento en que se produce y llegar a ser muy grande con el tiempo; así pueden transcurrir 20 años, en el curso de los cuales se plantean, entre otras, algunas cuestiones concernientes a las obligaciones y a la prescripción. También puede ocurrir que un daño no sea sensible en sí pero que llegue a serlo por su repetición o por su reproducción, lo que suscita la cuestión de la frecuencia, que también debe considerarse para determinar el umbral. El Relator Especial tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que, en el asunto de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), que tal vez sea el primer caso en el que se abordaron los problemas relativos al medio ambiente, bastó con probar un daño, y no un «daño sensible», como observaron varias delegaciones en la Sexta Comisión.

39. En lo que hace al proyecto de principio 4, sobre la pronta y adecuada indemnización, la oradora está de acuerdo en que en el párrafo 1 se añada el término «todas» antes de las palabras «las medidas necesarias», como ha sugerido un Estado. Se felicita de que el Relator Especial apruebe, en el apartado c del párrafo 3 del informe, la observación de México de que la carga de la prueba de la relación existente entre el daño y el agente no debe incumbir a la víctima inocente. Hay que establecer una presunción de causalidad, e incumbe al demandado probar que no hay relación causal. Habría que precisarlo en el principio 4, bien añadiendo una frase a tal efecto en el párrafo 2, bien añadiendo una disposición expresa en ese sentido en un nuevo apartado del párrafo 2. En la primera frase de ese párrafo, habría que suprimir los términos «cuando proceda» y añadir, después de «otra persona o entidad», las palabras «incluido el Estado». Este punto ya ha sido objeto de un vivo debate, pero, si bien se ha dispuesto que el Estado debe arbitrar fondos y mecanismos, queda sin resolver la cuestión de si el Estado debe utilizar sus propios fondos, y sería necesario que las cosas estuviesen más claras. Como se conviene en que los seguros y otras garantías financieras «no son fáciles de obtener», según los términos del Reino Unido, el Estado debe formar parte de las entidades que deben asumir la responsabilidad, como afirmaron en la Sexta Comisión Portugal, México, Sierra Leona y varias otras delegaciones (véase el párrafo 10 del informe).

40. Para concluir, la oradora se felicita de los progresos realizados, por cuanto los Estados han aceptado la idea de que se deben asignar recursos para este tipo de situaciones, pero considera insuficientes las propuestas actuales. La cuestión de la forma le parece esencial para garantizar

⁶⁰ A/CN.4/549/Add.1, párr. 98 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 57.º período de sesiones).

⁶¹ *Ibid.*, párr. 72.

la indemnización de la víctima, se trate de una persona natural o del medio ambiente. Además, no cree que haya que fijar un umbral para los daños, que son difíciles de evaluar exactamente. Por último, cree que el Estado debería prever fondos para indemnizar a las víctimas cuando hayan fracasado todos los demás medios, lo que es tanto más probable cuanto más considerables sean los daños. Por consiguiente, los principios que la Comisión está estudiando son, sobre todo, estímulos dirigidos a los Estados de buena voluntad para que establezcan mecanismos de indemnización, y tratan esencialmente de cuestiones de procedimiento. La oradora habría preferido que la Comisión impusiera obligaciones y que los principios estuviesen dirigidos en mayor medida a establecer el derecho de la víctima inocente a obtener reparación; en consecuencia, espera que el Comité de Redacción tenga en cuenta sus observaciones a este respecto.

41. El Sr. GAJA dice que el tercer informe del Relator Especial permite a la Comisión avanzar en un tema que desde hace 30 años da lugar al intercambio de numerosas ideas interesantes, sin que se vea ningún resultado. El informe trata de las cuestiones planteadas en los comentarios relativos al proyecto aprobado en primera lectura en 2004 y, esencialmente, da convincentes razones para conservar la solución que se ha aceptado, a reserva de algunas modificaciones de redacción. Sin embargo, una de las dificultades estriba en que el Relator Especial aborda a veces cuestiones nuevas sin precisar si preferiría que se completase o se modificase el texto aprobado en primera lectura, probablemente porque no quiere prejuzgar ciertos problemas y prefiere conocer las opiniones de la Comisión antes de hacer propuestas particulares sobre esas cuestiones.

42. En el párrafo 8, el Relator Especial plantea la cuestión de si el hecho de prescribir un umbral contraviene el principio de no discriminación y haría correr el riesgo de que un Estado haga objeto de discriminación a las víctimas de daños transfronterizos no sensibles. Sin embargo, está claro que la discriminación no se debería al hecho de que los principios generales que se van a aprobar se limiten a los casos de daños sensibles. Los demás casos no se tomarían en consideración, porque no entrarían en el ámbito de aplicación del proyecto de principios por las razones mencionadas en el párrafo 7. Dicho esto, esas razones no excluyen en modo alguno la existencia, en derecho internacional, de principios de no discriminación que se aplicarían en los casos a los que no se refiera el proyecto de principios; quizás hubiera que añadir una disposición a tal efecto.

43. En los párrafos 17 y 18, el Relator Especial analiza las cuestiones de la competencia de los tribunales y del derecho aplicable. Algunas de las explicaciones que ha dado a ese respecto hacen pensar que no trata de introducir nuevos temas en el texto del proyecto de principios, sino que quiere tener en cuenta las críticas que ciertos Estados han formulado sobre el párrafo 3 del principio 6, en el que se prevé el acceso de las víctimas de daños transfronterizos a los «mecanismos administrativos y judiciales», estimando que ese párrafo no es suficientemente preciso porque no indica qué tribunales serían competentes ni qué derecho se aplicaría. Cierto es que existen tendencias en esas esferas, pero hay que ser sumamente prudente y

tal vez no indicar, ni siquiera en el comentario, que existen normas generales que los Estados deberían respetar en lo que se refiere a la competencia de los tribunales y al derecho aplicable; en efecto, esas cuestiones son más complejas de lo que parece a primera vista, y la Comisión no tiene la competencia necesaria para proponer las soluciones apropiadas. El debate que está en curso en la Unión Europea sobre el proyecto de reglamento relativo al derecho aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II) demuestra hasta qué punto esta cuestión es controvertida, ya que no se trata simplemente de fijar una norma general que permita a la parte lesionada elegir entre el derecho del lugar en el que se ha producido el daño y el derecho del lugar en el que ocurrió el hecho que causó el daño. Así pues, sería preferible atenerse a la declaración general enunciada en el párrafo 3 del principio 6, en vez de proponer soluciones que inevitablemente serán objeto de críticas.

44. El orador señala asimismo que el enfoque adoptado en los párrafos 27 a 30 es incompatible con la adopción de normas específicas relativas al derecho aplicable, porque en esos párrafos no se propone que cada Estado adopte sus propias normas para caso de conflicto, sino que más bien se prevén normas uniformes sobre la responsabilidad objetiva. Se podría ir un poco más lejos de lo que se indica en el principio 4, según el cual «esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa», y decir que no se trata de una responsabilidad absoluta. Cabría incluso prever, como lo da a entender el Relator Especial en el párrafo 30, una exoneración de responsabilidad en caso de fuerza mayor o de catástrofes naturales. Ahora bien, ir tan lejos plantea un problema: en efecto, si hay riesgos de que se produzca un temblor de tierra, por ejemplo, el Estado tendría una obligación de prevención y no podría construir una presa en una zona de riesgos, a causa de las consecuencias previsibles. Sin embargo, sería difícil considerar que la responsabilidad quedaría totalmente excluida desde el momento en que se hubiera respetado la obligación de prevención. Por consiguiente, hay que saber que, cuando se realiza una actividad peligrosa, se puede ser responsable de las consecuencias de esa actividad incluso aunque éstas no sean necesariamente imputables a la intervención de un determinado explotador.

45. En lo que atañe a la naturaleza del instrumento que debería proponer la Comisión, el orador no tiene ninguna opinión particular que expresar, pero cree, como el Sr. Mansfield, que los Estados pueden tener en cuenta el proyecto de principios de varias formas: ante todo, al adoptar tratados que se apliquen a diversas categorías de actividades peligrosas (y está claro que, en el caso de numerosas actividades, se necesitarían disposiciones muy particulares), ciertos principios generales preparados por la Comisión podrían ayudar a los Estados a decidir el contenido de esos instrumentos. Sin embargo, los principios generales pueden también ser tenidos en cuenta y ser aplicados por un tribunal de arbitraje internacional encargado de solucionar una diferencia sobre esos puntos, o un tribunal nacional podría inspirarse en el proyecto de principios y decidir que deben ser considerados como vinculantes o, en todo caso, tomarlos en consideración para aplicar la ley. Sea como fuere, la naturaleza del instrumento no debe calificarse de decisiva, se trate de un tratado o de unos principios generales.

46. El hecho de que la Comisión sea partidaria de la aprobación de un tratado sobre la prevención no significa que deba optar también por esa solución en el caso de la responsabilidad [*liability*]. Hay que comprender bien que la violación de una obligación del tratado sobre la prevención incumbiría al régimen de responsabilidad [*responsibility*] internacional y no al de la responsabilidad sin culpa [*liability*], que interviene cuando no se ha violado una obligación dimanante del derecho internacional. Por consiguiente, existen dos esferas distintas, y la Comisión ha procedido acertadamente al marcar la diferencia entre ambas para disipar toda confusión. Si se trata de hacer un solo instrumento o de hacer remisiones entre el proyecto de artículos y el proyecto de principios, se corre el riesgo de sembrar de nuevo la confusión. En consecuencia, el orador prefiere que se conserven dos instrumentos distintos, en forma diferente, de forma que todo esté bien claro.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

2873.ª SESIÓN

Miércoles 10 de mayo de 2006, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Momtaz, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Valencia-Ospina, Sra. Xue, Sr. Yamada.

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) (continuación) (A/CN.4/562 y Add.1, A/CN.4/566, A/CN.4/L.686 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a la Comisión a seguir examinando el tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

2. El Sr. MATHESON dice que hay que felicitar al Relator Especial por la extraordinaria labor que ha realizado, en un plazo notablemente breve, al conseguir que se apruebe en primera lectura un proyecto de principios sobre la responsabilidad internacional por daños transfronterizos⁶². Esos principios han recibido amplio apoyo y elogios de los países, tanto en la Sexta Comisión⁶³ como en comentarios formales de los gobiernos.

⁶² Véase la nota 55 *supra*.

⁶³ Véase el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones en 2005 (nota 60 *supra*), párrs. 57 a 107.

3. En muchos aspectos importantes, el proyecto de principios constituye un avance considerable hacia la consecución del objetivo consistente en lograr una pronta y adecuada indemnización de todas las víctimas de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas. Entre los progresos más importantes figuran los siguientes: el reconocimiento de que se debe conceder una indemnización a las víctimas de actividades peligrosas, incluso cuando esas actividades no están prohibidas por el derecho internacional; una definición amplia de los daños susceptible de indemnización, incluyendo el deterioro del propio medio ambiente, así como el costo de las medidas razonables de restablecimiento y de respuesta; el reconocimiento de la conveniencia de imponer una responsabilidad objetiva al explotador, es decir, a la parte que controle la actividad de que se trate en el momento en que se produzca el incidente, y el reconocimiento de que cualesquiera condiciones o excepciones a esa responsabilidad deben ser compatibles con el principio superior de la pronta y adecuada indemnización; el reconocimiento de la importancia de adoptar disposiciones para complementar la responsabilidad del explotador, incluyendo seguros, garantías financieras, fondos para todo un sector de actividad y, posiblemente, contribuciones estatales; y la insistencia en la importancia de establecer los procedimientos apropiados, tanto internos como internacionales, para que se pague la indemnización y para que ésta sea rápida, no discrimine y no imponga excesivas cargas a la víctima.

4. El hecho de que los Estados hayan indicado que aceptan esos progresos es un acontecimiento importante y alentador. Ahora incumbe a la Comisión dar cima a su labor sobre el tema de manera tal que se preserve ese importante grado de acuerdo sobre los principios.

5. En el tercer informe se resuelven varias cuestiones básicas de una manera con la que el orador está totalmente de acuerdo. Primero, el Relator Especial llega a la conclusión de que la Comisión tiene que mantener el umbral de un daño «sensible», lo que es necesario para descartar las reclamaciones frívolas o abusivas, pero también es un criterio flexible que puede tener en cuenta las variaciones de las circunstancias en situaciones particulares. Segundo, el Relator Especial señala los inconvenientes que entraña la ampliación del alcance de los principios si se hacen éstos extensivos al patrimonio común de la humanidad, lo que plantea problemas particulares de legitimación activa, foro competente, adecuación de los recursos, ley aplicable y cuantificación de los daños, problemas que habrían de ser abordados por separado y que no encajarían razonablemente en los actuales principios. Tercero, el Relator Especial concluye que la Comisión debe mantener la forma actual de principios en los que se enuncian recomendaciones, en vez de tratar de transformarlos en un instrumento diferente y de naturaleza más obligatoria, como una convención o un proyecto de artículos. El orador, personalmente, está plenamente de acuerdo con esa conclusión. Según sus estimaciones, una considerable mayoría de los Estados que hicieron comentarios sobre la cuestión, en la Sexta Comisión en 2004⁶⁴ y

⁶⁴ Véase el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo octavo período de sesiones en 2004 (A/CN.4/537), párrs. 144 y 148 (mimeografiado, disponible en el sitio web de la Comisión, documentos del 56.º período de sesiones).