



Asamblea General

Distr. general
21 de marzo de 2003
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

Quincuagésimo quinto período de sesiones

Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2003

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

Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Introducción	1–4	3
I. La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional	5–46	5
A. Labor de los Relatores Especiales Quentin-Baxter y Barboza	6–14	5
1. Planteamiento de Quentin-Baxter: expectativas compartidas y régimen negociado	6–9	5
2. Trato dado a la responsabilidad por Barboza	10–14	7
B. El régimen de responsabilidad internacional: cuestiones pendientes	15–42	9
1. La responsabilidad de los Estados: un caso de énfasis fuera de lugar	16–19	9
2. La responsabilidad causal u objetiva: ¿base jurídica necesaria para un régimen internacional?	20–25	12
3. Delimitación de las actividades que han de incluirse	26–28	15
4. Umbral del daño: el daño sensible como criterio necesario	29–32	16
5. Prevención y responsabilidad: conceptos distintos pero conexos	33–36	17
6. Ulteriores trabajos sobre la responsabilidad: atención prioritaria a los modelos de asignación de la pérdida	37–42	18
C. Algunas consideraciones de política	43–46	21



II.	Asignación de la pérdida	47-149	22
A.	Análisis sectorial y regional	47-113	22
1.	Convenio sobre daños causados por contaminación por hidrocarburos de 1969 y Convenio del fondo internacional de 1971 y Protocolos anexos de 1992	47-61	22
2.	Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996 y Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de buques de 2001	62-65	28
3.	Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos de 1997	66-67	29
4.	Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos de 2000	68-69	30
5.	Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999	70-80	31
6.	Daños nucleares y responsabilidad	81-91	34
7.	Convenio de Lugano sobre actividades peligrosas de 1993	92-95	37
8.	Responsabilidad e indemnización: el modelo de las Comunidades Europeas	96-106	39
9.	Daños causados por objetos espaciales	107-110	42
10.	Actividades en la Antártida	111-113	43
B.	Modelos de asignación de la pérdida: algunas características comunes	114-121	44
C.	Algunos elementos de la responsabilidad civil	122-149	48
1.	El problema del nexo causal	125-126	48
2.	Cumplimiento del deber de diligencia	127-129	49
3.	Definición de perjuicio e indemnización	130-138	50
4.	Locus standi	139-140	53
5.	Jurisdicción apropiada	141-149	54
III.	Conclusiones y propuestas para su consideración	150-153	57

Introducción

1. La cuestión de la responsabilidad internacional viene siendo estudiada por la Comisión de Derecho Internacional desde 1978¹. La Comisión pudo también concluir en 2001 un proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo sensible resultante de actividades peligrosas. Al examinar ese proyecto de artículos, la Asamblea General de las Naciones Unidas estimó que la Comisión, para cumplir plenamente su mandato sobre el tema de la responsabilidad internacional, debía continuar estudiando el tema de la responsabilidad internacional². En 2002, un grupo de trabajo de la Comisión estudió la cuestión con algún detenimiento y formuló algunas recomendaciones preliminares sobre las formas posibles de avanzar en la materia. Principalmente señaló que los trabajos, para que fueran provechosos, debían orientarse en la fase actual a elaborar un modelo de asignación de la pérdida³.

2. Los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad no podían avanzar rápidamente por diversas razones. En primer lugar, la cuestión de la responsabilidad internacional no se presta fácilmente a la codificación ni al desarrollo progresivo. La experiencia también ha demostrado que los regímenes globales y completos de responsabilidad no han atraído a los Estados⁴. Por otra parte, las tentativas de obtener una indemnización de daños mediante la legislación sobre la responsabilidad extracontractual o los delitos civiles tiene sus limitaciones⁵. Los conceptos de daño y de

¹ La cuestión fue planteada por primera vez en la Comisión en 1973 y fue incluida en su programa de trabajo en 1977. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1973, vol. II, documento A/90/10/Rev.1, párrs. 38 y 39, y resolución 32/151 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1977, en la que la Asamblea invitó a la Comisión a que, en el momento que estimase conveniente, iniciase su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

² Resolución 56/82 de la Asamblea General.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, párrs. 430 a 457.

⁴ Hasta la fecha no ha entrado en vigor el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, del Consejo de Europa, firmado en Lugano en 1993, que es el único régimen ambiental internacional de carácter horizontal existente. Su texto puede verse en 32 *ILM* (1993) 1228. Como razones de ello, se han mencionado las dificultades con que se ha tropezado para conciliar sus disposiciones con la legislación interna y el hecho de que no han concluido las deliberaciones de la Comisión Europea sobre la cuestión general de la responsabilidad y la indemnización por daños ambientales. Véase Louise de La Fayette, “*The Concept of Environmental Damage in International Law*”, en Michael Bowman y Alan Boyle, *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, 2002, Oxford, págs. 149 a 190, en la página 163 (nota de pie de página 50). Según una estimación que se ha hecho, no es probable que ese Convenio entre en vigor en un futuro próximo. Véase la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, Comunidades Europeas, documento COM (2002) 17 final, 2002/0021(COD), Bruselas, 23 de enero de 2002, pág. 36. Referencia de la codecisión No. 2002/0021/COD. *Diario Oficial C 151 E*, 25/06/2002 P.0132-0145, pág. 17, nota de pie de página 46 (a la que se denominará en adelante, en el presente informe, la Propuesta). Sobre la opinión general de que un régimen de responsabilidad global tiene menos probabilidades de éxito, véase A. Cassese, *International Law*, 2001, Oxford, págs. 379 a 393.

⁵ Brian Jones advirtió que “en nuestra preocupación general, encomiable y comprensible, por el medio ambiente, podemos olvidar muy fácilmente que las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual no son más que uno de los componentes de ... la categoría más general de la responsabilidad ambiental, y, así, podemos tratar de conseguir que tales normas sobre la responsabilidad civil desempeñe funciones para las que no son muy idóneas”. Los demás

perjuicio no están uniformemente definidos ni entendidos en el derecho y la práctica nacionales. Además, en ningún ordenamiento jurídico es fácil establecer un vínculo de causalidad y demostrar que se ha incurrido en inobservancia, culpa o ambas circunstancias en el cumplimiento de una obligación de diligencia exigida por la ley con respecto a un acto ilícito y se reconoce que es técnicamente difícil resolver las cuestiones relativas al órgano judicial competente, a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras⁶.

3. Hay también otras razones. La responsabilidad de los Estados y la responsabilidad causal no han obtenido un amplio apoyo en el plano internacional, y no hay responsabilidad por ningún tipo de actividad realizada en el territorio de un Estado y en la que no hayan participado funcionarios públicos ni agentes del Estado. El incumplimiento de la obligación de los ciudadanos privados y de los particulares de actuar con la debida diligencia no puede atribuirse fácilmente al Estado como conducta ilícita que entrañe responsabilidad. Las negociaciones internacionales con las que se trató de establecer alguna forma de responsabilidad de los Estados, en el contexto del transporte internacional de desechos peligrosos o en la Antártida, por ejemplo, no han tenido éxito a pesar de varios años de esfuerzos persistentes⁷. La jurisprudencia al respecto es escasa, y la base sobre la que algunas peticiones de indemnización llegaron a resolverse entre los Estados en algunos casos se presta a diferentes interpretaciones. Tales casos no apoyan decididamente la responsabilidad de los Estados. La función del derecho internacional consuetudinario a este respecto es también modesta⁸.

componentes de esa categoría, según señaló, son la responsabilidad penal, la responsabilidad de indemnizar a los organismos públicos por los gastos efectuados por éstos para prevenir o remediar los daños previstos o los daños causados efectivamente, y la responsabilidad de aportar soluciones conjuntas. Véase Brian Jones, “Deterring, Compensating, and Remedying Environmental Damage: the Contribution of Tort Liability”, en Peter Wetterstein (coord.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, 1997, Oxford, págs. 11 a 27, en la página 12. Análogamente, Lucas Bergkamp señaló que “Las sociedades modernas cifran grandes esperanzas en la responsabilidad. La responsabilidad permitiría indemnizar a las víctimas, conseguir que se restaure el medio ambiente, evitar los daños, disuadir a los contaminadores, obtener seguros, ajustar los niveles de autoridad a nivel óptimo, poner en práctica la justicia correctiva y distributiva y resolver los problemas dimanantes del hecho de que los gobiernos no promulguen disposiciones reglamentarias o no impongan su cumplimiento coercitivo. El sistema de responsabilidad, dadas sus limitaciones conceptuales e institucionales, no puede hacer que se alcancen esos objetivos sociales”. Véase Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, 2001, Kluwer, pág. 366.

⁶ Véase más abajo un análisis de este aspecto.

⁷ Véase más abajo un análisis de esta cuestión.

⁸ Ian Brownlie, “A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection”, *13 Natural Resources Journal* (1973), págs. 179 a 189. En cuanto a la afirmación de que la jurisprudencia, los tratados o la práctica estatal no apoyan de forma concluyente la responsabilidad causal u objetiva de los Estados, véase también Alan E. Boyle, “Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective”, *British Yearbook of International Law*, vol. 60 (1990), págs. 257 a 313, en las páginas 292 a 296. Goldie y Schneider sostienen que la responsabilidad causal era un principio del derecho internacional, y Jenks estimó que la responsabilidad causal estaba justificada en el caso de las actividades especialmente peligrosas. En cambio, Dupuy, Handl, Smith y Hardy argumentaron en favor de la responsabilidad causal u objetiva en el caso de las actividades especialmente peligrosas y, con respecto a otras actividades, en favor de que la responsabilidad se limitase a los casos de inobservancia de las obligaciones de actuar con la debida diligencia. Véase un resumen de esas posiciones en Boyle,

4. Vale la pena examinar cómo estudió la Comisión algunos de estos problemas y de estas cuestiones al considerar anteriormente el tema de la responsabilidad internacional. Tal examen podría contribuir a situar esas cuestiones y problemas en su debida perspectiva para los efectos de este análisis. Estudiaremos algunos modelos conocidos y recientes de asignación de la pérdida negociados y acordados con respecto a determinadas regiones del mundo o con respecto a un sector de daños determinado. Tal examen podría arrojar útilmente alguna luz sobre el modelo de asignación de la pérdida que la Comisión pueda recomendar. Además, como varios modelos de asignación de la pérdida se han basado también en la responsabilidad civil, analizaremos brevemente los elementos de ese sistema para ver si sería factible dar cabida a algunos de esos elementos en cualquier modelo de asignación de la pérdida.

I. La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional

5. La cuestión de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional fue incluida en el programa de la Comisión en 1978⁹. Esto era consecuencia lógica de la posición adoptada por la Comisión, que concluyó que “reconoce cabalmente la importancia que, junto a las cuestiones relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, revisten las que conciernen a la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas, especialmente las que, por su naturaleza, dan lugar a ciertos riesgos ... Esta segunda categoría de problemas no puede tratarse juntamente con la primera”¹⁰. El Sr. Roberto Ago, Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, explicó que las cuestiones comprendidas en esta última categoría tenían su base jurídica en la “responsabilidad por riesgo”¹¹.

A. Labor de los Relatores Especiales Quentin-Baxter y Barboza

1. Planteamiento de Quentin-Baxter: expectativas compartidas y régimen negociado

6. El Sr. Robert Q. Quentin-Baxter fue nombrado primer Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad internacional en 1978. A su juicio, la finalidad primordial del proyecto de artículos sobre ese tema era “fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter

op. cit., págs. 291 a 294 (nota de pie de página 246). Véase también más abajo la nota de pie de página 49.

⁹ Antes de ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló en 1973 la conveniencia de estudiar las consecuencias perjudiciales de actos no considerados como ilícitos. Este aspecto se puso de relieve a causa de la decisión, adoptada por la Comisión en 1970, de limitar al estudio a la cuestión de la responsabilidad de los Estados dimanante del incumplimiento de una obligación internacional y, por consiguiente, al origen y las consecuencias de los actos ilícitos de los Estados.

¹⁰ *Anuario ... 1977*, vol. II (segunda parte), documento A/32/10, párr. 17.

¹¹ Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario ... 1970*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/233, párr. 6.

esencial y que tenga efectos transnacionales”¹². En su opinión, el término *liability* entrañaba “un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho)”¹³ y, por consiguiente, designaba no sólo las consecuencias de una obligación, sino también la obligación misma, que, como el concepto de *responsibility*, incluía sus consecuencias. Este tema, así considerado, trataba de las obligaciones primordiales del Estado, al tiempo que tenían en cuenta la existencia y la conciliación de “intereses legítimos y de múltiples factores”¹⁴. Se entendía también que tales actividades incluían la obligación no sólo de formular los principios de la prevención, como parte de una obligación de diligencia debida y razonable, sino también de establecer un régimen adecuado y aceptado de indemnización, como reflejo de la aplicación de los principios de la equidad. Sostuvo que todo el plan era un plan de “expectativas compartidas”¹⁵ con “posibilidades ilimitadas” para los Estados¹⁶.

7. Quentin-Baxter presentó cinco informes. Durante ese período, elaboró un plan esquemático para el desarrollo del tema¹⁷. El principal objetivo del plan, según Quentin-Baxter, era “reflejar y fomentar la práctica creciente de los Estados de regular estas cuestiones por anticipado a fin de que las obligaciones generales tratadas en este tema sean sustituidas por normas precisas de prohibición ajustadas a las necesidades de situaciones particulares, incluidas, en su caso, normas precisas de responsabilidad estricta”^{18, 19}.

8. Para conciliar los múltiples intereses en juego, sugirió que se adoptase un procedimiento de tres etapas entre el “Estado de origen” y el “Estado afectado”. Primero, el Estado afectado tendría derecho a que se le proporcionase toda la información pertinente de la que se dispusiera. Segundo, el Estado afectado podría proponer al

¹² Informe preliminar, *Anuario ... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 262, párr. 9.

¹³ *Ibid.*, párr. 12.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 38.

¹⁵ Las “expectativas compartidas” son aquellas que “a) se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, b) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional”. Plan esquemático, sección 4, párr. 4. En cuanto a la naturaleza de las “expectativas compartidas”, Barboza explicó que “tienen cierta fuerza de creación de derechos”. “Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel*, o de lo que suele llamarse, en algunos sistemas jurídicos, la doctrina de los actos propios”. Véase el segundo informe sobre el tema de la responsabilidad internacional, *Anuario ... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, párr. 22.

¹⁶ Informe preliminar, *Anuario ... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 48.

¹⁷ Se puede ver el texto del plan esquemático en el tercer informe, *Anuario ... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 75, documento A/CN.4/360, párr. 53.

¹⁸ En lo que se refería a la responsabilidad causal como opción, *Quentin-Baxter* señaló que “al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen o, subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida”. Véase su tercer informe, *Anuario ... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, párr. 41. No obstante, consideró que era necesario atenuar los rigores de la responsabilidad causal para hacerla más aceptable. Véase su segundo informe, *Anuario ... 1981*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/346, Add.1 y 2, pág. 135, párr. 92.

¹⁹ Cuarto informe, *Anuario ... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 230, documento A/CN.4/373, pág. 230, párr. 50.

Estado que hubiera realizado el acto que se investigasen los hechos. Por último, se invitaría a los Estados interesados a que dirimiesen sus diferencias mediante negociaciones. En cuanto a la importancia jurídica de estas etapas de procedimiento, Quentin-Baxter estimó que el hecho de que no se tomase ninguna de las medidas exigidas por las normas no daría lugar, por sí solo, a ningún derecho de acción. Además, con respecto a la reparación, sugirió que esta cuestión se dirimiese mediante negociaciones partiendo de una serie de factores destinados a conciliar los intereses en juego. A falta de todo acuerdo, el Estado de origen, según Quentin-Baxter, estaría obligado a proceder a una reparación al Estado afectado de conformidad con las expectativas por ellos compartidas.

9. La reacción de la Asamblea General al plan esquemático fue en su mayor parte positiva. No obstante, se señaló que se debía reforzar el plan a fin de dar mayores garantías de que se cumplirían las obligaciones establecidas en él. También se opinó que se debían separar las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad, y algunos participantes expresaron dudas sobre el valor o la viabilidad del tema mismo²⁰.

2. Trato dado a la responsabilidad por Barboza

a) Lugar y valor de las obligaciones procesales

10. El Sr. Julio Barboza fue nombrado Relator Especial en 1985 y siguió la orientación básica adoptada por Quentin-Baxter. En los 12 informes que presentó, desarrolló el texto añadiendo disposiciones sobre el alcance, la obligación de prevención y la notificación²¹. Una de las deficiencias del plan esquemático de Quentin-Baxter era, como se señala más arriba, que no contenía elementos para asegurar la aplicación del plan²². Barboza señaló que el incumplimiento de las obligaciones procesales de la prevención podría entrañar ciertas consecuencias procesales adversas para el Estado que hubiera realizado los actos o para el Estado de origen. Refiriéndose al párrafo 4 de la sección 5 del plan esquemático, señaló que facultaría al Estado afectado para que recurriera ampliamente a presunciones de hecho y a indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causaba o podía causar una pérdida o un daño. Además, conforme a las obligaciones dimanantes de la diligencia debida, el Estado de origen estaría obligado a supervisar continuamente la actividad, además de estar obligado a reparar cualquier daño que se causase. En conjunto, el plan de aplicación de las obligaciones procesales de prevención propuesto por Barboza se centraba también mucho más en la reparación y en la responsabilidad, que entraría en juego solamente cuando se hubiera producido un daño. En ese caso, el incumplimiento de las obligaciones procesales de prevención acarrearía, con arreglo a ese

²⁰ *Ibid.*, párr. 10.

²¹ En lo que se refería al alcance, a la obligación de prevención y a la notificación, Barboza señaló al menos seis elementos: la autorización previa, la evaluación del riesgo, la información y notificación, la celebración de consultas y la norma de la diligencia debida. Se hace un resumen de estos elementos en P.S. Rao, primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, documento A/CN.4/487, págs. 21 a 23, párr. 55.

²² Véase un análisis de esta cuestión en Christian Tomuschat, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law: The Work of the International Law Commission", en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (coords.), *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, Londres, págs. 37 a 72, en la pág. 50.

planteamiento, consecuencias jurídicas y materiales más graves para el Estado de origen²³.

b) Régimen negociado de responsabilidad: una importante opción

11. Por otra parte, en lo que se refería a la cuestión de la responsabilidad, Barboza, al igual que Quentin-Baxter, se basó también en la negociación como medio de solucionar la cuestión de la indemnización entre los Estados interesados²⁴. El artículo 22 del proyecto de 1996 del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional contenía una lista de factores que los Estados interesados podían utilizar para conciliar sus intereses al tratar de llegar a un acuerdo²⁵. Sin embargo, la negociación de la indemnización no tenía necesariamente que ser preferida al método consistente en recurrir a los tribunales, que también se indicaba en el artículo 20. En el comentario al artículo 21 se preveían situaciones en las que el recurso a los tribunales nacionales podía ser innecesario (si las reclamaciones públicas y privadas se superponían), difícil (por conflictos de leyes, por la inaccesibilidad de los foros disponibles a causa de la distancia, por el desconocimiento del derecho aplicable y por problemas relacionados con los gastos) o ineficaz (si no se preveían recursos ni siquiera para los ciudadanos por los daños causados), en cuyo caso las negociaciones serían el único medio disponible o podrían ser el medio más apropiado²⁶.

c) Factores de importancia para las negociaciones

12. Los diversos factores enumerados en el artículo 22 no eran exhaustivos, y se indicaron como orientación para que las partes llegasen a soluciones justas y equitativas teniendo debidamente en cuenta todos los factores pertinentes en el contexto de que se tratase. Se observó que la inclusión de una lista de factores, de no haber un tercero que dirimiese las diferencias que pudieran surgir entre los Estados interesados, podría redundar en detrimento de la más débil de las dos partes y podría socavar la certeza de la ley²⁷. No obstante, como orientación se señaló²⁸ que la falta patente de diligencia y de preocupación por la seguridad y los intereses de otros Estados haría que aumentasen el alcance de la responsabilidad y la cuantía de la indemnización pagadera por el Estado de origen. Tal sería particularmente el caso cuando el Estado de origen conociera el riesgo que la actividad en cuestión creaba para otros Estados y los medios de prevenir o mitigar ese riesgo. En cambio, el alcance de su responsabilidad y la cuantía de la indemnización podrían ser menores si el Estado de origen hubiera adoptado todas las medidas preventivas que debía tomar en cumplimiento de la obligación de debida diligencia. Análogamente, también podrían ser menores si el daño fuera inevitable o imprevisible. Asimismo, si el Estado de origen participase y cooperase en todas las medidas posibles de respuesta y de reparación después de producirse el daño, se tendría ese hecho debidamente en cuenta.

²³ Véase P.S. Rao, primer informe sobre la prevención, nota 21 *supra*, pág. 21, párr. 53.

²⁴ Véanse las observaciones de Christian Tomuschat, nota 22 *supra*, pág. 51.

²⁵ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, anexo I.

²⁶ *Ibid.*, comentario al artículo 21. Dicho sea de paso, éstas son algunas de las razones por la que los Estados no ejercieron ninguna acción en el caso del accidente de Chernobyl. Véase Alan E. Boyle, nota 8 *supra*, en la pág. 296.

²⁷ Véase Tomuschat, nota 22 *supra*, pág. 50. Alan Boyle, “Codification of International Environmental Law and the International Law Commission: Injurious Consequences Revisited”, en Alan Boyle y David Freestone, *International Law and Sustainable Development*, 1999, Oxford, págs. 61 a 85, en la página 78.

²⁸ Comentario al artículo 22, nota 25 *supra*.

Igualmente, se podrían tener en cuenta para llegar a un nivel acordado de indemnización la participación del Estado afectado en los efectos positivos de la actividad, su propia capacidad para mitigar los efectos del daño y la prontitud con que adoptase las medidas de respuesta necesarias. También podrían ser pertinentes para determinar la responsabilidad y calcular la indemnización las normas en materia de diligencia y los niveles de indemnización aplicables en la jurisdicción del Estado afectado para la actividad en cuestión.

d) Indemnización: no tan plena y completa

13. Tal reparación o indemnización negociadas debería tener por finalidad llegar a una solución equitativa, teniendo presente “El principio de que la víctima de un daño no debe soportar toda la pérdida”. En otras palabras, no es necesario que sea plena y completa²⁹.

14. El artículo 5 del proyecto de 1996 del Grupo de Trabajo de la Comisión adoptaba esa política y declaraba que se responderá de los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades a que se refiere el artículo 1 y que esa responsabilidad dará lugar a indemnización o reparación “de conformidad con los presentes artículos”.

B. El régimen de responsabilidad internacional: cuestiones pendientes

15. La mayoría de las ideas señaladas, recogidas en las propuestas de 1996 del Grupo de Trabajo, eran generalmente aceptables. No obstante, había diferencias en relación con, al menos, cuatro importantes aspectos de la cuestión. Se trataba de: a) la responsabilidad de los Estados, b) la delimitación de las actividades, c) el umbral de los daños comprendidos, y d) el vínculo entre la prevención y la responsabilidad.

1. La responsabilidad de los Estados: un caso de énfasis fuera de lugar

16. La Comisión se basó en la responsabilidad de los Estados como medio de avanzar en relación con las cuestiones de la obligación de reparar y de la indemnización por varias razones. Primero, como se ha señalado más arriba, toda la cuestión empezó a estudiarse en la Comisión como ampliación de sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados. Segundo, se estimó que el principio *sic utere tuo* constituía una base adecuada para desarrollar la responsabilidad de los Estados como principio. Tercero, se estimó también que tal planteamiento respondería mejor a los intereses de las víctimas inocentes que no tendrían los medios ni la posibilidad de acceder a una jurisdicción extranjera, distante y a veces desconocida, del Estado de origen para tratar de obtener los medios de defensa y la reparación necesarios. Cuarto, por razones de política, se estimó que se debía alentar a los Estados a asumir más seriamente la obligación *sic utere tuo*. Barboza señaló que creía que los tratados

²⁹ Comentario al artículo 21, nota 25 *supra*. Véase también el segundo informe de Barboza, en el que éste señaló que “Parece que de las negociaciones emprendidas, entonces, puede resultar una reparación cuyo monto varía dependiendo ello de la naturaleza del daño, de la naturaleza de la actividad de que se trate, de las medidas de prevención adoptadas, etc. No sería tal vez inconcebible que las partes acordaran que la reparación no debe darse por mediar alguna excepción que la haga en su criterio improcedente”, nota 15 *supra*, págs. 157 y 158, párr. 20.

y otras formas de práctica estatal existentes eran suficientes para servir de base conceptual apropiada al tema, y convino con algunos miembros en que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* constituía un fundamento teórico suficiente para el desarrollo del tema³⁰. Señaló además, que, aunque no negaba la utilidad de los recursos de derecho interno existentes para remediar los daños transfronterizos, esas vías de derecho interno no garantizaban una pronta y efectiva indemnización a las víctimas inocentes que, tras sufrir daños tan graves, tendrían que demandar a entidades extranjeras ante los tribunales de otros Estados. Además, las vías de derecho interno no alentarían por sí solas a los Estados a adoptar medidas de prevención en relación con las actividades realizadas en su territorio que pudieran ocasionar consecuencias perjudiciales transfronterizas³¹.

17. La distinción entre la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actividades lícitas —en el sentido de no prohibidas—, por una parte, y la responsabilidad de los Estados por las actividades ilícitas, por otra, era objeto de críticas porque se la consideraba incorrecta, equívoca y confusa³². Se afirmó que esa pretendida distinción tendía a dar la impresión de que en el derecho internacional había actividades lícitas, por oposición a las ilícitas, y actividades prohibidas, por oposición a las no prohibidas, siendo así que, de hecho, había muy pocas actividades prohibidas. En derecho siempre se ponían de relieve las consecuencias prohibidas de los actos o actividades. Además, se indicó que tal distinción global no era necesaria ni útil para el desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad y la indemnización por daños transfronterizos. Asimismo se señaló que, además de las otras normas que pudieran elaborarse, la responsabilidad de los Estados podía continuar sirviendo de base para la obligación de los Estados de reparar las consecuencias de las actividades especialmente peligrosas³³.

18. Se sostuvo que, al no haber unas normas internacionales establecidas y científicamente comprobadas para la determinación de los efectos transfronterizos perjudiciales en diversas esferas, la formulación de unos principios generales podría contribuir a que surgieran controversias, en tanto que la falta de tales normas impediría que se dirimiesen esas controversias. Se temía que esa tentativa equivaliese a imponer la responsabilidad objetiva por actividades no prohibidas, lo que no sería aceptable para los Estados³⁴. Para responder a esas inquietudes, Barboza decidió

³⁰ Véase *Anuario ... 1987*, vol. II (segunda parte), pag. 44, documento A/42/10, párr. 143.

³¹ *Ibid.*, pág. 49, párr. 181.

³² Véase Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part 1 (1983), pag. 50. Alan E. Boyle, "State responsibility and International liability for Injurious Consequences of Acts not prohibited by International Law: A Necessary Distinction?" 39 ICLQ (1990), págs. 1 a 25. M. B. Akehurst, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", XVI *Netherlands Yearbook of International Law* (1985), págs. 3 a 16. Se puede ver un juicio más favorable en D. B. Magraw, "Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of International Liability" 80 AJIL (1986), págs. 305 a 330. Se han expresado otras opiniones que justificaban la distinción a los efectos del estudio del tema de la responsabilidad. Se pueden ver un análisis de este punto y otras citas en P. S. Rao, tercer informe sobre la prevención, A/CN.4/510.

³³ Véase un análisis de esta cuestión en P. S. Rao, tercer informe, párrs. 27 a 30.

³⁴ *Ibid.*, párrs. 138 y 139. Tomuschat señaló lo mismo cuando dijo que "se afirma que ese planteamiento global no se presta a la obtención de resultados constructivos. Primero, difícilmente cabe presumir que los Estados estén preparados para aceptar la responsabilidad por cualquier daño sufrido por otro Estado en forma de consecuencias materiales de absolutamente cualquier tipo de actividades realizadas en su territorio o bajo su control. Al asumir tal compromiso, los Estados aceptarían, por su parte, un riesgo incontrolable ... Un régimen jurídico

presentar un nuevo plan en el que se combinaba la responsabilidad civil con la responsabilidad de los Estados³⁵. Explicó que, para “mitigar una situación tan draconiana como menesterosa en precedentes”³⁶, proponía que se adoptase la responsabilidad civil como responsabilidad primaria y que se la complementase con la responsabilidad del Estado, o que se sustituyese la responsabilidad de los particulares por la responsabilidad de los Estados si no se pudiera identificar o localizar a los primeros³⁷. Varios miembros de la Comisión respondieron favorablemente a la nueva propuesta de que se diera prioridad a la responsabilidad civil y de que se atribuyera la responsabilidad subsidiaria al Estado. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo sobre las condiciones en que se podría invocar tal responsabilidad subsidiaria³⁸.

19. El enfoque del principio de la responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión se centraba, como se puede observar, en la responsabilidad del Estado dentro del territorio en el que se realizaba la actividad peligrosa. El concepto de “control” y el criterio de “el conocimiento o los medios de conocer”, recogidos en el artículo 3 propuestos por Barboza en sus informes cuarto y quinto, no afectaban a

que tuviera consecuencias imprevisibles y graves repercusiones financieras sería (inaceptable para los Estados como desarrollo progresivo y por lo tanto sería) una cuestión completamente distinta. Ningún gobierno responsable podría comprometerse a aceptar tal aventura”. Véase Tomouschat, nota 22 *supra*.

³⁵ Artículos 21 y 28 del sexto informe de Barboza, *Anuario ... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, caps. IV y V, págs. 101 a 107.

³⁶ Séptimo informe de Barboza, *Anuario ... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437, pág. 87, párr. 48.

³⁷ *Ibid.*, párr. 50.

³⁸ La cuestión de la responsabilidad causal de los Estados se estudió particularmente en el 43° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 1991. Véanse las actas resumidas de las sesiones 2222^a a 2228^a, *Anuario ... 1991*, vol. I. Varios miembros que hicieron uso de la palabra sobre la cuestión expresaron sus dudas sobre la admisión de esa obligación en el derecho internacional. También dudaban de que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar esa obligación, ni siquiera como medida encaminada al desarrollo progresivo del derecho internacional. La mayoría era partidario de la responsabilidad civil primaria del explotador y de la responsabilidad subsidiaria del Estado en ciertas condiciones (no hubo ninguna posición común sobre esas condiciones). Véanse las opiniones de Jacovides (*ibid.*, 2222^a sesión, párr. 6), Mahiou (*ibid.*, párr. 18), Francis (*ibid.*, 2223^a sesión, párr. 10), Calero (*ibid.*, párr. 25), Pellet (*ibid.*, párr. 41), Bennouna (*ibid.*, 2224^a sesión, párr. 5), Tomuschat (*ibid.*, párr. 12), Njenga (*ibid.*, párr. 26), Graefrath (*ibid.*, párr. 31), Ogiso (*ibid.*, 2225^a sesión, párr. 15), Shi (*ibid.*, párr. 27), Rao (*ibid.*, párrs. 32 y 34), Pawlak (*ibid.*, 2226^a sesión, párr. 4) y Mc Caffrey (*ibid.*, 2227^a sesión, párr. 7). Arangio-Ruiz distinguía tres tipos de daños: en el caso de las actividades peligrosas, hay responsabilidad del explotador solamente cuando se incumple la obligación de debida diligencia; en el caso de las actividades especialmente peligrosas, hay responsabilidad causal del explotador, y, en el caso de que se no se pueda identificar al autor del daño, hay responsabilidad del Estado (*ibid.*, párrs. 14 a 17). Barsegov prefería la responsabilidad civil del explotador, dejando que la obligación de reparar del Estado formase parte de la responsabilidad del Estado (*ibid.*, 2226^a sesión, párr. 40). Al-Khasawneh no tenía una opinión definitiva al respecto (*ibid.*, párr. 21). Hayes desearía que pudiera decidir el Estado (*ibid.*, 2225^a sesión, párr. 64). Thiam no tenía nada que objetar a que la responsabilidad de los Estados fuera subsidiaria (*ibid.*, párr. 50), y Koroma preferiría la responsabilidad de los Estados (*ibid.*, 2222^a sesión, párr. 31). Barboza resumió la situación señalando que la Comisión estaba prácticamente de acuerdo en que la responsabilidad civil debía tener prioridad y en que la responsabilidad de los Estados debía ser subsidiaria (*ibid.*, 2228^a sesión, párr. 25).

ese enfoque³⁹. Tanto en la Comisión como en algunos círculos académicos, se señaló que tal enfoque era demasiado limitado y no respondería a los intereses ni a las circunstancias especiales de los países en desarrollo. Se expresó preocupación por el hecho de que las empresas transnacionales no tuvieran ninguna obligación de notificar a los países en desarrollo todos los riesgos que entrañaba la exportación de tecnologías peligrosas. Tampoco tenían ninguna obligación de realizar esas operaciones con arreglo a las mismas normas en materia de seguridad y de rendición de cuentas que eran aplicables en el país de la nacionalidad de las empresas transnacionales. Además, los países en desarrollo no conocían los riesgos que entrañaban tales actividades y no tenían la capacidad de supervisar, con sus limitados recursos, las actividades peligrosas realizadas por empresas transnacionales dentro de su territorio. En esas circunstancias, se argumentó que se podría imponer al Estado de la nacionalidad de las empresas transnacionales la obligación de hacer que tal exportación de tecnologías peligrosas a los países en desarrollo se ajustase a normas internacionales. Además, se subrayó que ese Estado debía también aceptar la asignación de parte de las pérdidas resultantes de cualquier accidente que causase daños transfronterizos⁴⁰. Ahora bien, este aspecto de la cuestión no halló mucho eco en los debates de la Comisión, y el Grupo de Trabajo de 1996 no abordó la cuestión⁴¹.

2. La responsabilidad causal u objetiva: ¿base jurídica necesaria para un régimen internacional?

20. Con el enfoque adoptado por Quentin-Baxter, sólo se examinó brevemente la responsabilidad causal como opción o posibilidad, pero de hecho se hizo hincapié en la negociación entre el Estado de origen y el Estado o los Estados afectados para conciliar los intereses al tratar de llegar a una solución en lo que se refería a la obligación de reparar y a la indemnización⁴². Barboza exploró inicialmente la posibilidad de desarrollar más a fondo la opción de la responsabilidad causal, pero más adelante prefirió que esas cuestiones, así como las posibles reclamaciones basadas en la responsabilidad civil del explotador y de otras personas, se resolviesen ejerciendo acciones judiciales en el plano nacional. Apoyando ese planteamiento, el Grupo de Trabajo de la Comisión señaló en 1996 que los artículos

³⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 1 y 3 propuestos por Barboza en sus informes cuarto y quinto. Para cuando se presentó el duodécimo informe, los artículos habían sido puestos entre corchetes. Véase el documento A/CN.4/475/Add.1.

⁴⁰ Pueden verse las opiniones expresadas por Shi (sobre las dificultades con que se enfrentan los países en desarrollo), Rao y Pawlak (sobre la necesidad de instituir una responsabilidad de las empresas transnacionales), en los debates de la Comisión, en las actas resumidas de la 2225ª sesión, celebrada el 18 de junio de 1991, *Anuario ... 1991*, vol. I, pág. 123, párr. 29, pág. 124, párr. 37, y pág. 128, párr. 5. Véase también Francesco Francioni, "Exporting Environmental Hazard through Multinational Enterprises: Can the State of Origin be Held Responsible?" en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (coords.), nota 22 *supra*, págs. 275 a 298.

⁴¹ En cuanto al informe del Grupo de Trabajo de 1996, véase la nota 25 *supra*.

⁴² Barboza explicó bien esto. Señaló que "en cuanto a la responsabilidad 'estricta', los anteriores informes dirigen considerable esfuerzo, en primer término ... , a amortiguar sus efectos, y luego también a considerarla sólo como uno de los varios factores que fundamentan en derecho la reparación que eventualmente se otorgue, en casos de daños sin régimen convencional ... Este segundo pie estaría constituido, acaso, por la naturaleza 'casi contractual' de dichas expectativas ... Así, el anterior Relator Especial señala en su tercer informe: 'Al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen, o, subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida ...'". Segundo informe, *Anuario ... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 163, párrs. 46 y 47.

que recomendaba sobre la indemnización u otra forma de reparación “no siguen el principio de la responsabilidad ‘causal’ o ‘absoluta’ como se conoce generalmente”⁴³. El Grupo de Trabajo añadió:

“Como en el derecho interno, el principio de justicia y equidad, así como otras políticas sociales, indican que debe indemnizarse a quienes han sufrido daños a causa de las actividades de otros ... Por tanto, el capítulo III prevé dos procedimientos mediante los cuales las partes lesionadas pueden buscar reparación: ejercitando una acción en los tribunales del Estado de origen o celebrando negociaciones entre el Estado de origen y el Estado o Estados afectados. Naturalmente, ambos procedimientos se entienden sin perjuicio de cualquier otro acuerdo que puedan haber concertado las partes, así como del legítimo ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados en que se produjeron los daños. Esta jurisdicción puede existir en virtud de los principios pertinentes de derecho internacional privado. Si tal jurisdicción existe, no resulta afectada por los presentes artículos.”⁴⁴

21. Este planteamiento de 1996, consistente en separar las cuestiones de la responsabilidad y de la indemnización tanto de la esfera de la responsabilidad civil como de la esfera del derecho internacional privado, tiene sus ventajas. Al tratar de acercar a los Estados interesados, ese enfoque facilita la pronta resolución de las cuestiones relativas a la reparación y a la indemnización de las víctimas inocentes, sin largas actuaciones judiciales sobre los conflictos de jurisdicción, la ley aplicable, la distribución de la responsabilidad entre los diferentes interesados y, finalmente, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas. Tiene igualmente el mérito de no impedir el ejercicio de las acciones judiciales basadas en otros motivos válidos.

22. Son también comprensibles las vacilaciones que hay para vincular la responsabilidad de los Estados con la responsabilidad causal. Esas vacilaciones se deben principalmente a la idea de que en la práctica internacional, como es el caso entre los Estados, esa forma de responsabilidad no se acepta en relación con las actividades que se considera que se pueden lícitamente realizar en la jurisdicción interna de los Estados de conformidad con sus derechos soberanos. En lo que se refiere a la responsabilidad causal u objetiva, el Grupo de Trabajo de la CDI señaló en 1996 que:

“Como cuestión de aplicación general, sería difícil, si no imposible, defender la norma de la responsabilidad estricta de todas y cada una de las pérdidas causadas por actividades realizadas legítimamente en el territorio de un Estado o en otro lugar que esté bajo su jurisdicción o control. Por supuesto, puede incluirse tal norma en un tratado, pero esto no muestra necesariamente cuál sería la norma de derecho internacional general independientemente del tratado.”⁴⁵

23. Señaló también que los conceptos de responsabilidad causal u objetiva, que

“son habituales y están explicitados tanto en el derecho interno de muchos Estados como en derecho internacional en relación con determinadas actividades, aún no se han desarrollado plenamente en derecho internacional

⁴³ Informe del Grupo de Trabajo, 1996, nota 25 *supra*, cap. III, indemnización u otra forma de reparación, párr. 1 del comentario general.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, cap. I, Disposiciones generales, párrafo 3) del comentario al artículo 5, en el que se hace referencia a algunos tratados internacionales y a otra práctica de los Estados por los que se adopta la responsabilidad causal u objetiva como base jurídica de la indemnización.

con respecto a un grupo más amplio de actividades como las comprendidas en el artículo 1.”⁴⁶

24. Por otra parte, el Grupo de Trabajo, después de estudiar cierto número de incidentes en los que los Estados, sin admitir ninguna responsabilidad, pagaron una indemnización a las víctimas de daños transfronterizos sensibles, llegó a la conclusión de que “la tendencia a exigir indemnización tiene una base pragmática y no teórica en una teoría coherente de la responsabilidad”⁴⁷.

25. Varios comentaristas compartieron la opinión expresada en 1996 por el Grupo de Trabajo de la Comisión. Tomuschat estimó que un régimen general de responsabilidad causal u objetiva se establece por tratados solamente en el caso de las actividades especialmente peligrosas. Boyle señaló que “la dificultad con la responsabilidad causal como principio del derecho internacional es que, aunque algunos comentaristas argumentan que es un principio general del derecho aplicable a las actividades especialmente peligrosas⁴⁸, hay pocos indicios coherentes de que exista una práctica estatal que apoye esa opinión”⁴⁹. Además, según él:

“en las formulaciones adoptadas en tratados, tales como la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, se observa una clara preferencia por, a lo sumo, la imposición de responsabilidad solamente en caso de infracción de obligaciones internacionales, definidas desde el punto de vista del control diligente de las fuentes de daños ambientales⁵⁰. Los ejemplos de imposición de responsabilidad directa y objetiva de los Estados en casos de daños, tal como en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, continúan siendo excepcionales. En vez de ello, los Estados han restado importancia a su propia responsabilidad por los daños causados por la contaminación. De hecho, muchos tratados modernos de reglamentación, tales como la Convención de Ginebra de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, bien hacen totalmente caso omiso de la cuestión, bien la dejan para su ulterior desarrollo”⁵¹.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 1) del comentario general al capítulo III. Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo dispuso del “Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, preparado por la Secretaría, *Anuario ... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 32) del comentario al artículo 5.

⁴⁸ Véase Wilfred Jenks, “Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law”, *RdC* (1966), pág. 105. B. Smith, *State responsibility and the Marine Environment* (1988), pág. 128.

⁴⁹ En lo que se refiere a las reivindicaciones estatales en caso de daño nuclear, véase Alan Boyle, nota 8 *supra*. Sobre el accidente de Chernobyl, P. Sands, *Chernobyl: Law and Communication* (1998), 226 y 227, y Alan Boyle, en Butler (coord.), *Perestroika and International Law* (1990), 203.

⁵⁰ Los ejemplos citados son la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, de 1979, artículo 2; el Convenio de Londres contra el vertimiento de desechos, de 1972, artículos II y IV; la Convención de París para la protección y preservación del medio marino contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres, de 1974, artículo 1; el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985, artículo 2, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, artículos 194 y 207 a 212.

⁵¹ Alan E. Boyle, “Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs”, en F. Francioni y T. Scovazzi (coords.), nota 22 *supra*, págs. 363 a 379, en las págs. 365 y 366.

3. Delimitación de las actividades que han de incluirse

26. Con respecto a la delimitación de las actividades, se plantean dos cuestiones: una de ellas se refiere al tipo de actividades comprendidas, y la otra a los criterios que permitan delimitar el elemento transfronterizo. Quentin-Baxter estimó que en el ámbito de las actividades en cuestión tenía cabida una gran diversidad de “actividades y situaciones”, incluyendo peligros tales como la contaminación atmosférica que eran insidiosos y podían tener efectos acumulativos masivos⁵². Barboza aceptó ese amplio ámbito, pero no juzgó que fuera útil hacer referencia a las “situaciones”⁵³ además de a las “actividades”. Se planteó asimismo la cuestión de si era conveniente indicar expresamente en una lista las actividades comprendidas en el proyecto de artículos. Un grupo de trabajo de la Comisión examinó la cuestión en 1995 y estimó que, a los efectos del estudio, no era necesaria ninguna lista en ese momento y recomendó que se considerasen pertinentes las actividades mencionadas en algunas convenciones que trataban de cuestiones transfronterizas⁵⁴. Aceptando esa recomendación, el Grupo de Trabajo de la Comisión definió en 1996 más en detalle el concepto de riesgo, que era fundamental para delimitar las actividades, reiterando la definición aprobada provisionalmente por la Comisión en 1994, en el sentido de que significaba actividades que implicaban “pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible” (apartado a) del artículo 2).

27. Sin embargo, para delimitar ese amplio ámbito, los dos Relatores Especiales aplicaron tres criterios que definían los “daños transfronterizos”. Las actividades han de realizarse en el territorio o bajo el control o la jurisdicción del Estado de origen. Las actividades han de entrañar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Finalmente, el daño ha de deberse a las “consecuencias materiales” de tales actividades o ha de ser determinable por el claro efecto material directo y la relación

⁵² Se mencionaron las siguientes actividades: “la utilización y regulación de los ríos que atraviesan o forman una frontera internacional y la evitación de los daños causados por las crecidas y el hielo; el aprovechamiento de la tierra en las zonas fronterizas; la propagación, a través de las fronteras nacionales, del fuego o cualquier fuerza explosiva o de enfermedades humanas, de animales o de plantas; las actividades que puedan ocasionar la contaminación transfronteriza del agua potable, de las aguas costeras o del espacio aéreo nacional, o la contaminación del medio humano compartido, incluidos los océanos y el espacio ultraterrestre; el desarrollo y el uso de la energía nuclear, incluido el funcionamiento de las instalaciones nucleares y de los buques nucleares y el transporte de materiales nucleares; las actividades de modificación del clima; el sobrevuelo de aeronaves y de objetos espaciales que entrañe el riesgo de daños accidentales en la superficie de la Tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre; y las actividades que afecten materialmente a zonas comunes o a recursos naturales en los que otros Estados tienen derechos o intereses”. Cuarto informe, *Anuario ... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373, pág. 214 (nota 8 de pie de página).

⁵³ Las “situaciones” se definen como “un estado de cosas en el territorio o bajo el control del Estado de origen que da o puede dar lugar a consecuencias materiales con efectos transfronterizos”, y como ejemplos de ellas se mencionan una mancha de aceite que se aproxime, el peligro creado por inundaciones o por hielo a la deriva o los riesgos resultantes del estallido de un incendio o de brotes de plagas o enfermedades. Quinto informe, *Anuario ... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1, en la página 174 y en el párrafo 31.

⁵⁴ Esas convenciones son la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 1991, la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992, y la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993.

de causalidad existentes entre la actividad en cuestión y el daño o perjuicio sufridos. Tal delimitación excluiría del campo de aplicación de los artículos, por ejemplo, el daño causado al patrimonio común de la humanidad, que está situado fuera de cualquier jurisdicción nacional, o el daño al medio ambiente no situado dentro de la jurisdicción nacional, o la contaminación atmosférica y la contaminación larvada no atribuibles a ninguna fuente, así como las consecuencias económicas que las políticas y decisiones de un Estado pueden tener sobre otro.

28. El Grupo de Trabajo examinó estas cuestiones una vez más en 1996, pero se mostró reacio a ampliar el campo de aplicación y aprobó los criterios indicados más arriba para delimitar las actividades. Como observó un comentarista, esa moderación era necesaria para que la labor de la Comisión sobre ese difícil tema resultase aceptable para la mayoría de los Estados⁵⁵. En otro comentario, en el que se lamentaba la falta de progresos en los trabajos sobre la responsabilidad por daños transfronterizos, parecía que se apoyaba una limitación más pragmática del alcance del proyecto de artículos, al recomendar “la promulgación de un régimen de responsabilidad internacional que favorezca los intereses de los Estados hasta tal punto que éstos cedan parte de sus derechos soberanos para participar en el sistema”⁵⁶.

4. Umbral del daño: el daño sensible como criterio necesario

29. En lo que se refería al umbral de los daños comprendidos, el problema estribaba en designar el nivel de daños que se considerase inaceptable y que, por consiguiente, justificase la adopción de medidas correctivas, incluyendo una indemnización apropiada. Para Quentin-Baxter, no todo daño transfronterizo era ilícito⁵⁷. En consecuencia, mencionó la “gravedad” de la pérdida o del daño como uno de los factores que sugería se tuvieran en cuenta para establecer un equilibrio de intereses (sección 6, párrafo 2, del Plan esquemático). Barboza estaba de acuerdo, pero creía que el concepto de riesgo era relativo y podía variar en función de una serie de factores. Estimó que esta cuestión se prestaba mejor a ser resuelta por los Estados cuando éstos negociasen un régimen aplicable a actividades específicas que creasen un riesgo de daño transfronterizo⁵⁸.

30. La cuestión tenía que seguir siendo examinada a causa de las persistentes discrepancias de opinión que existían entre los miembros de la Comisión y entre los Estados. El Grupo de Trabajo de 1996 de la Comisión opinó que:

“es legítimo inducir de la práctica bastante diversa ... examinada el reconocimiento —aunque, en algunas ocasiones, *de lege ferenda*— del principio de que la responsabilidad debe dimanar de la manifestación de un daño transfronterizo **sensible** causado por actividades tales como las mencionadas en el artículo 1, incluso si esas actividades no están prohibidas por el derecho internacional y,

⁵⁵ Daniel B. Magraw, “Transboundary Harm: The International Law Commission’s Study of International Liability”, 80 *AJIL* (1986), págs. 305 a 330, donde observó, en la página 322, que “lo esencial será definir el alcance del tema de forma suficientemente modesta como para no fomentar el incumplimiento”.

⁵⁶ Véanse los comentarios de los editores de *Harvard Law Review*, “Trends in International Environmental Law”, reproducidos en L. D. Guruswamy, Sir G. W. Palmer y B. H. Weston, *International Environmental Law and World Public Order: A Problem-Oriented Course Book* (1994), págs. 330 a 332.

⁵⁷ Véase Barboza, segundo informe, *Anuario ... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402.

⁵⁸ *Anuario ... 1987*, vol. II (segunda parte), cap. IV, párr. 127.

por consiguiente, no están sujetas a las obligaciones de cesación o de *restitutio in integrum*.”⁵⁹ (sin negritas en el original)

31. Se aclaró que esto significaba algo que no fuese *de minimis* o insignificante, pero que fuese más que “detectable” y “apreciable”, aunque no llegase a alcanzar el nivel de “grave” o “sustancial”. Además, el daño debía producir un efecto realmente perjudicial en esferas tales como la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados, efectos que debían poder medirse con arreglo a criterios fácticos y objetivos⁶⁰.

32. Aunque las recomendaciones que anteceden, formuladas por el Grupo de Trabajo en 1996, y sus grandes líneas podrían considerarse como una contribución positiva⁶¹, la Comisión no pudo apoyarlas en 1996 tanto por falta de tiempo como, sobre todo, por falta de acuerdo sobre otras cuestiones, como la importancia atribuida a la responsabilidad de los Estados y el trato dado a la prevención como parte de un régimen de responsabilidad.

5. Prevención y responsabilidad: conceptos distintos pero conexos

33. En lo que se refería a la cuestión del vínculo entre la prevención y la responsabilidad, un grupo de trabajo de la Comisión establecido en 1997 examinó la labor realizada sobre el tema desde 1978. El Grupo de Trabajo estimó que “el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la

⁵⁹ Informe del Grupo de Trabajo de 1996, nota 25 *supra*, párr. 32) del comentario al artículo 5. La conclusión de que las actividades que dan lugar a responsabilidad no tienen necesariamente que estar sujetas a obligaciones de cesación o de *restitutio in integrum* se considera importante “en los casos en que no se puede razonablemente evitar el daño, puesto que si no habría que poner fin a tales actividades”. Al mismo tiempo, se estimó que no era necesario que el Grupo de Trabajo llegase a esta conclusión partiendo de una distinción hecha según que las actividades fueran “no prohibidas” o “prohibidas”. Se señaló que, incluso en el marco de la responsabilidad de los Estados, no sería necesaria la cesación de las actividades si lo que daba lugar a esa responsabilidad eran las consecuencias ilícitas de las actividades, como era el caso en el asunto de la *Fundición Trail*, Alan Boyle, nota 27 *supra*, págs. 77 y 78.

⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 4) y 5) del comentario al artículo 2, párrs. 4 y 5. Sands observó que “la práctica de los Estados, las decisiones de los tribunales internacionales y la doctrina de los juristas hacen pensar que el daño ambiental ha de ser ‘sensible’ o ‘sustancial’ (o, posiblemente, ‘apreciable’, que indica un umbral ligeramente menos oneroso) para que haya responsabilidad”. P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. I, 1995, Manchester, pág. 635. Refiriéndose al intercambio de notas entre el Presidente de la CIJ, Sir Humphrey Waldock, y el Gobierno de Australia en el asunto de los *Ensayos nucleares*, señaló, en la página 246, que, aunque un daño insignificante o un daño causado por actividades realizadas en beneficio de la comunidad no daban lugar a responsabilidad, un daño sensible o un daño causado incluso por tales actividades sí daban lugar a responsabilidad.

⁶¹ Según un comentarista, la orientación principal de la recomendación de la Comisión es conseguir que la comunidad internacional apruebe la proposición de que “los Estados tienen el derecho soberano de realizar actividades en su propio territorio incluso aunque esas actividades causen un daño inevitable a otros Estados (excepto en el caso de las pocas actividades que, por acuerdo o en virtud de alguna otra norma jurídica, no están permitidas), siempre que paguen una indemnización equitativa por el daño causado”. Ese comentarista añadió que, “Si la Comisión puede conseguir que se apoye internacionalmente esa proposición, habrá hecho un progreso considerable y habrá aportado un útil elemento de flexibilidad en la labor encaminada a lograr el equilibrio más amplio de intereses que esos artículos, en su conjunto, tratan de establecer en las relaciones transfronterizas”, Boyle, nota 27 *supra*, pág. 78.

‘responsabilidad de los Estados’”⁶². Observó además que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad “eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas”⁶³. Se recomendó que esas cuestiones se examinasen por separado. En cuanto al estudio de la cuestión de la responsabilidad, el Grupo de Trabajo estimó que se podía esperar a recibir más observaciones de los Estados. No obstante, habría que adaptar el título del tema en función del ámbito de aplicación y del contenido del proyecto de artículos⁶⁴.

34. La Comisión apoyó esas recomendaciones en 1997 y nombró a un nuevo Relator Especial para el subtema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas.

35. En 1998, basándose en las propuestas formuladas por el Relator Especial, así como en el ulterior examen del régimen de prevención, la Comisión adoptó decisiones sobre el ámbito del proyecto de artículos, en particular sobre la cuestión del umbral de los daños que quedarían comprendidos en el alcance del proyecto de artículos. Primero, los artículos tratarían solamente de las actividades que crean un *riesgo* de daños transfronterizos. Segundo, se debía prevenir el riesgo de un daño sensible. Tercero, el daño había de ser un daño transfronterizo con consecuencias materiales. Así pues, el proyecto de artículos no trataría de la contaminación larvada, de la contaminación procedente de fuentes múltiples ni del daño al patrimonio común de la humanidad. Cuarto, la definición de daño que se adoptase abarcaría el daño a las personas o bienes o al medio ambiente situados dentro de la jurisdicción y sometidos al control del Estado afectado. Se admitió sin dificultad que las actividades u otros tipos de daños no comprendidos en el ámbito de aplicación eran igualmente importantes, pero, como se les aplicaba un conjunto de consideraciones diferente, se estimó que convenía estudiarlos con arreglo a un nuevo mandato de la Asamblea General.

36. La reacción de la Asamblea General a las propuestas de la Comisión sobre el tema de la prevención fue favorable. Buena parte de los miembros de la Asamblea continuaron insistiendo en que la principal razón de ser del tema asignado para el estudio era la responsabilidad y en que el estudio debía también concluirse sin demora una vez finalizado el proyecto de artículos sobre la prevención. Esta petición se repitió en 2001, cuando la Comisión concluyó la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la prevención, en cuyo momento la Asamblea tomó nota de ese proyecto de artículos e instó a la Comisión a que pasase rápidamente al estudio de la responsabilidad, teniendo en cuenta la interrelación existente entre la prevención y la responsabilidad, así como la evolución del derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

6. Ulteriores trabajos sobre la responsabilidad: atención prioritaria a los modelos de asignación de la pérdida

37. En el 54º período de sesiones de la Comisión, en 2002, se estableció un Grupo de Trabajo para que considerase los posibles enfoques del estudio del tema de la responsabilidad. El Grupo de Trabajo recomendó que la Comisión⁶⁵:

⁶² Véase el informe del Grupo de Trabajo de 1997 en *Anuario ... 1997*, vol. II (segunda parte), documento A/52/10, cap. VII, párr. 165.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 167.

⁶⁵ Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/57/10)*, cap. VII.

- a) Se concentrase en el daño causado por diversas razones pero que no entrañase la responsabilidad del Estado;
- b) Tratase más bien el tema como asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervenían en las actividades peligrosas, como, por ejemplo, quienes las autorizaban o gestionaban o quienes se beneficiaban de ellas;
- c) Limitara el alcance del tema a las mismas actividades comprendidas en el régimen de prevención aprobado por la Comisión en 2001⁶⁶;
- d) Incluyera las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los elementos del patrimonio del Estado y del patrimonio nacional, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

38. La atención prioritaria prestada a la asignación de la pérdida en vez de a la elaboración de un régimen internacional de responsabilidad está plenamente en consonancia con la nueva forma de pensar sobre la cuestión, que se centra en facilitar un sistema más equitativo y rápido de indemnización de las víctimas de daños transfronterizos. Dadas las dificultades y las limitaciones de los regímenes tradicionales de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad civil, el Grupo de Trabajo de 1996 de la Comisión ya había adoptado un enfoque más flexible, disociado de las vías de recurso del derecho privado o de la responsabilidad causal u objetiva como base del sistema de indemnización propuesto. Los expertos en cuestiones jurídicas y de política que se ocupan de los daños transfronterizos vienen también orientándose, desde algún tiempo, al desarrollo de sistemas adecuados de asignación de la pérdida, con miras a promover un reparto más equitativo de la pérdida y a lograr que se atiendan de forma rápida y suficiente las reivindicaciones de las víctimas.

39. También se sugirió que la Comisión examinase el umbral necesario para iniciar la aplicación del régimen de asignación de la pérdida causada. A este respecto se expusieron dos opiniones. Una de ellas propugnaba el mantenimiento del “daño sensible” como factor de activación, en tanto que la otra se inclinaba por un umbral más alto que el establecido para la aplicación del régimen de prevención. En cambio, se sugirió asimismo que se estableciera un umbral menor que el “daño sensible” para la responsabilidad y, por ende, para las peticiones de indemnización⁶⁷. Generalmente, en el contexto de la responsabilidad se subraya, como en el caso de la prevención, la necesidad de un umbral de daños para poder presentar las peticiones de indemnización. Si pueden servir de orientación los asuntos de la *Fundición de Trail* o del *Lago Lanós*, es evidente que lo que da derecho a la indemnización es un umbral de daños “apreciable” o “grave” o “sensible” o “sustancial”, y no unos daños que sean insignificantes o *de minimis*. Si se estudian las deliberaciones de la Comisión sobre la cuestión, resulta evidente que en los debates sobre el alcance del proyecto de artículos, el establecimiento del umbral de daños y la definición de daños no se hizo ninguna distinción entre la prevención, por una parte, y la responsabilidad y la indemnización, por otra. Por consiguiente, parece razonable no volver a abrir ese debate y, en vez de ello, apoyar la decisión anterior de la Comisión de designar el “daño sensible” como umbral para que entre en juego la obligación de indemnizar.

⁶⁶ En cuanto a las razones para limitar el alcance del tema, véase el primer informe de P. S. Rao sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, A/CN.4/487, párrs. 71 a 86 y 111 a 113 (particularmente las recomendaciones formuladas en los apartados a), b), c), f) y g) del párrafo 111).

⁶⁷ Uruguay, A/C.6/57/SR.24, párr. 41.

40. Merece apoyo la recomendación del Grupo de Trabajo de 2002 de que la definición de daño puede también incluir el patrimonio nacional y el patrimonio cultural como parte de la pérdida de bienes. La definición de daño examinada por la Comisión se refería solamente a las pérdidas causadas a las personas, a los bienes y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional. En aquel momento había algunas dudas sobre la forma óptima de dar cabida a los daños al patrimonio nacional y al patrimonio cultural. Barboza, en su undécimo informe, recomendó que los daños causados al patrimonio cultural, como categoría de daños, se considerasen junto con los daños causados a los bienes.

41. A su juicio, los daños al medio ambiente deben comprender los daños causados a los elementos naturales o componentes del medio ambiente y la pérdida o disminución de valores ambientales causadas por el deterioro o la destrucción de tales componentes. Además, los daños al medio ambiente *per se* pero situados dentro de la jurisdicción y el control de un Estado deben estar incluidos en la definición de daños ambientales, ya que afectaban a toda la comunidad de los pueblos. Ahora bien, en ese caso la parte lesionada era el Estado en su conjunto. Tal enfoque seguiría excluyendo los daños o perjuicios causados al medio ambiente *per se* del patrimonio común de la humanidad, es decir, a las zonas no sometidas a la jurisdicción o al control de ningún Estado. Las tendencias contemporáneas que analizamos más abajo parecen haber servido de base, hasta cierto punto, para esta recomendación⁶⁸.

42. Antes de pasar a analizar con algún detalle diversos modelos de asignación de la pérdida entre las diferentes partes, para los efectos de evaluar las tendencias contemporáneas en el establecimiento de modelos de asignación de la pérdida, sería oportuno recordar algunas de las políticas en las que se basan esas tendencias.

⁶⁸ Véanse las opiniones de Barboza en “The ILC and the Environmental Damage”, en Peter Wetterstein (coord.), nota 1 *supra*, págs. 73 a 81, en las págs. 76 y 78. Véase también su undécimo informe, A/CN.4/468. La definición de daño propuesta por el Relator Especial se examinó de forma preliminar en 1995. “Se declaró que la definición de daño debía ser razonablemente amplia sin estar sobrecargada con detalles. En una etapa preliminar debía abarcar los siguientes elementos: pérdida de la vida, lesión personal u otro menoscabo de la salud, pérdidas o daños de los bienes dentro del Estado afectado, así como deterioro de los recursos naturales y humanos y del medio humano o cultural del Estado afectado.” Véase Anuario ... 1995, vol. II (segunda parte), documento A/50/10, cap. V.B.3, párr. 397. En cuanto a la cuestión de si los daños, para que dieran derecho a indemnización, tenían que ser directos o por lo menos no ser remotos, se expresó una opinión preliminar en favor de que se incluyera tal criterio. Por otra parte, se hizo algún hincapié en que la finalidad primordial de la reparación era restablecer el *status quo ante*. *Ibid.*, párr. 402. En lo que se refiere a la opinión de que los daños al patrimonio cultural podrían incluirse en la definición de los daños ambientales, véase la definición aprobada por el Grupo de Trabajo del PNUMA citado en M.A. Fitzmaurice, “International Protection of the Environment”, *RdC* (2001), pág. 228. El autor citó asimismo la opinión, expresada por la Comisión cuando ésta estudiaba la cuestión de la responsabilidad de los Estados por daños, de que no se debería incluir en el proyecto de artículos ningún criterio basado en el carácter remoto de los daños: “Al igual que en el derecho interno, parece probable que diferentes pruebas de distancia puedan ser apropiadas para diferentes obligaciones o en diferentes contextos en relación con los intereses que la norma primaria aspira a proteger”. *Ibid.*, pág. 232.

C. Algunas consideraciones de política

43. El Grupo de Trabajo de 1996 de la Comisión señaló que el principio de la responsabilidad debía basarse en ciertas consideraciones amplias de política: a) cada Estado ha de tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que sea compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; b) la protección de tales derechos e intereses exige que se adopten medidas de prevención y, si no obstante se causan daños, medidas de reparación; y c) en la medida en que esto sea compatible con esos dos principios, no se debe dejar que la víctima inocente sufra la pérdidas o los daños⁶⁹. Como se recordará, el proyecto de régimen aprobado sobre la prevención en 2001 ya reflejaba los objetivos de política señalados en el punto a) y parcialmente los del punto b). En consecuencia, las actividades actuales de la Comisión deben orientarse más a poner en práctica las demás partes de la política, es decir, a alentar a los Estados a que concierten acuerdos internacionales y a que promulguen las disposiciones legislativas pertinentes y pongan en práctica los mecanismos pertinentes para la adopción de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluyendo la indemnización en caso de daños transfronterizos sensibles.

44. Cabe señalar que, en general, se apoya la proposición de que cualquier régimen de responsabilidad y de indemnización debe tener por objetivo lograr que, en la medida de lo posible, la víctima inocente no tenga que soportar las pérdidas resultantes de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. No obstante, se comprende que una indemnización plena y completa puede no ser posible en todos los casos. La definición del daño, la falta, a veces, de la necesaria prueba de las pérdidas y la falta de normas aplicables, además de las limitaciones de la responsabilidad del explotador y de las limitaciones con que funcionan los mecanismos de financiación contributiva y complementaria, militan contra la posibilidad de obtener tal indemnización plena y completa. En caso de reclamaciones colectivas por responsabilidad extracontractual, generalmente se paga una indemnización global, lo que siempre representa menos que un pago pleno y completo.

45. En todo caso, la función de cualquier régimen de asignación de la pérdida debe consistir en dar un incentivo a quienes se ocupan de actividades peligrosas para que adopten medidas de prevención o de protección a fin de evitar daños, en indemnizar los daños causados a cualquier víctima y en desempeñar una función económica consistente en internalizar todos los costos (externalidades)⁷⁰. De hecho, estas funciones son mutuamente interactivas. En el contexto de la formulación de una política relativa a la responsabilidad ambiental al nivel de la Comisión Europea, se ha señalado que “La prevención y reparación de los daños ambientales importantes debe llevarse a cabo fomentando el principio con arreglo al cual ‘quien contamina, paga’ ... Uno de los principios fundamentales ... debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente sea declarado responsable desde el punto de vista financiero a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños ambientales, a fin de que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras”⁷¹. Además, parece que son de interés las cuestiones referentes a la armonización de las normas jurídicas concernientes a la

⁶⁹ Informe del Grupo de Trabajo, 1996, nota 25 *supra*, comentario al artículo 5.

⁷⁰ Louise de La Fayette, nota 4 *supra*, pág. 179.

⁷¹ Véase el texto de la Propuesta en la nota 4 *supra*.

indemnización. Como se ha señalado, “la armonización puede ser un medio de evitar problemas de conflictos de leyes y contribuye a la creación, sobre una base regional, de ciertas expectativas compartidas”⁷². Además, tal armonización podría contribuir a “reducir la imprevisibilidad, la complejidad y el costo”⁷³ y podría conciliar “los intereses de los demandantes en poder elegir dentro de la base más amplia posible de leyes y de jurisdicciones y los intereses de los demandados en actuar de manera ambientalmente responsable”⁷⁴.

46. Durante los últimos años, teniendo presente la totalidad o parte de esas políticas, se han reforzado las disposiciones sobre la responsabilidad contenidas en anteriores convenios relativos a la contaminación causada por hidrocarburos y a los accidentes nucleares. Se han adoptado nuevos tratados o protocolos sobre la responsabilidad por sustancias y desechos peligrosos y nocivos. Se han celebrado negociaciones acerca de un protocolo sobre la protección del medio ambiente del Tratado Antártico. Asimismo se ha tratado de concertar un acuerdo internacional sobre la responsabilidad civil por otros peligros potenciales tales como los que pueden presentar los organismos genéticamente modificados. Es interesante observar, en la historia de las negociaciones, que los Estados, en la mayoría de los tratados concertados recientemente, intentaron resolver la cuestión de la asignación de la pérdida recurriendo a la responsabilidad civil. Así, establecieron “la responsabilidad directa del causante de la contaminación en el derecho nacional como medio óptimo de facilitar la obtención de una indemnización, sin tener que recurrir a reclamaciones interestatales o a las complejidades del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados”⁷⁵. Esos tratados también indican que no puede haber ningún sistema único de asignación de la pérdida.

II. Asignación de la pérdida

A. Análisis sectorial y regional

1. Convenio sobre daños causados por contaminación por hidrocarburos de 1969 y Convenio del fondo internacional de 1971 y Protocolos anexos de 1992

47. El Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por contaminación por hidrocarburos de 1969⁷⁶, en su versión modificada por los Protocolos adicionales de 1976, 1984 y 1992, y el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Convenio del Fondo) de 1971⁷⁷, y sus Protocolos adicionales de 1976, 1984⁷⁸ y 1992⁷⁹, regulan la responsabilidad civil por los daños derivados de

⁷² Birnie y Boyle, *International Law and Environment*, 2002, Oxford, págs. 279 y 280.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, pág. 281.

⁷⁶ Para el texto, véase *United Nations Treaty Series*, vol. 973, pág. 3. Este Convenio entró en vigor el 19 de junio de 1975.

⁷⁷ Para el texto, véase 11 *International Legal Materials* (1972) 284. Este Convenio entró en vigor el 16 de octubre de 1978.

⁷⁸ Las modificaciones de 1984 nunca entraron en vigor.

⁷⁹ Para el texto de los Protocolos junto con el del Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por contaminación por hidrocarburos de 1992 y el del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por

la contaminación por hidrocarburos causada por los buques⁸⁰. Estos Convenios se celebraron bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI). El Convenio de responsabilidad civil (1992) establece la responsabilidad objetiva aunque limitada del propietario del buque por los daños causados por la contaminación resultante de derrames o descargas de hidrocarburos procedentes de una nave apta para la navegación marítima que esté transportando hidrocarburos a granel. El Convenio también establece un número limitado de excepciones que, en su caso, eximirán al propietario del buque del pago de cualquier indemnización⁸¹.

48. Las partes en el Convenio de responsabilidad civil reconocieron que el propietario del buque puede no satisfacer en todos los casos todas las reclamaciones de indemnización por contaminación causada por hidrocarburos, bien porque sus fondos sean limitados, bien porque determinadas excepciones le eximan de pagar la

la contaminación de hidrocarburos, de 1992, véase Birnie y Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (1995), Oxford. Ambos Protocolos entraron en vigor el 30 de mayo de 1996.

⁸⁰ Además de estos Convenios, dos acuerdos privados, uno celebrado por los propietarios de buques, el Acuerdo voluntario de los propietarios de buques cisternas relativo a la responsabilidad por la contaminación de hidrocarburos, y otro celebrado por las compañías petroleras, el Contrato relativo a un suplemento provisional de la responsabilidad de los buques cisterna por la contaminación causada por hidrocarburos, establecen un sistema “voluntario” destinado a indemnizar a las víctimas de la contaminación, especialmente a los gobiernos que llevan a cabo acciones preventivas o de rescate. Estos acuerdos constituyen un elemento inseparable del sistema de indemnización. En relación con ellos, véase I. C. White, “The Voluntary Oil Spill Compensation Agreements – TOVALOP and CRISTAL”, en Colin M. De La Rue (ed.), *Liability for Damage to the Environment* (1993), págs. 57 a 69.

⁸¹ El párrafo 2 del artículo III del Convenio de responsabilidad civil establece que el propietario no incurrirá en responsabilidad alguna si prueba que los daños por contaminación:

- a) Resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o
- b) Fueron totalmente causados por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o
- c) Fueron totalmente causados por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

Asimismo, el párrafo 3 del artículo III dispone que “si el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona”. Por el contrario, con arreglo al párrafo 2 del artículo V, el propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del Protocolo “si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños” (artículo V 2) del Convenio de responsabilidad civil de 1992 y artículo 4 4) del Convenio del Fondo). En cuanto al Fondo, con arreglo al artículo 4 2) a) y b) y el artículo 4 3) del Convenio correspondiente, no estará obligado a pagar indemnizaciones en situaciones similares a las que se enumeran en los apartados 2) y 3) del artículo III del Convenio de responsabilidad civil. Por lo demás, según el artículo 4 2) a) y b), el Fondo tampoco estará obligado a pagar si la fuente de la contaminación por hidrocarburos es un barco de guerra o algún otro barco perteneciente a un Estado o explotado por él, y exclusivamente afecto, en el momento del siniestro, a un servicio no comercial del Gobierno; o si el demandante no puede demostrar que el daño sea consecuencia del siniestro de uno o más barcos. En todo caso, con arreglo al artículo 4 3), el Fondo estará exento de pagar indemnización en la medida en que lo esté el propietario. No obstante, el Fondo no estará exento de pagar indemnización por las medidas preventivas (de respuesta) adoptadas.

indemnización, bien porque el importe de la indemnización reclamada exceda sobre el límite de su responsabilidad. Por esta razón, los miembros de la OMI aprobaron en 1971 el Convenio del Fondo para conceder indemnizaciones complementarias a los reclamantes que no puedan obtener una indemnización total con arreglo al Convenio de responsabilidad civil. El Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos se financia mediante el cobro de contribuciones a los importadores de hidrocarburos, que son principalmente empresas que reciben hidrocarburos transportados por mar a los territorios de los Estados partes.

49. Con arreglo a los Protocolos de 1992, el límite máximo de la responsabilidad del propietario del buque es de 59,7 millones de derechos especiales de giro (DEG); posteriormente, el Fondo puede indemnizar por daños adicionales hasta un total de 135 millones de DEG (incluidas las cantidades recibidas del propietario) o, en caso de daños derivados de un fenómeno natural, de 200 millones de DEG⁸².

50. El Convenio define la expresión “daños por contaminación”, en los que se incluye el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños adicionales causados por tales medidas preventivas⁸³. Las medidas preventivas se definen como todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona *después* de que se ha producido el daño con objeto de prevenirlo o minimizarlo.

51. Como quiera que la definición de daños por contaminación contenida en el Convenio de responsabilidad civil era excesivamente genérica y ambigua, en 1984 las partes en dicho Convenio y en el Convenio del Fondo intentaron esclarecer su significado y alcance. Según esta definición, por “daños por contaminación” se entienden:

a) Las pérdidas o los daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse;

⁸² Párrafo 1 del artículo V del Protocolo de 1992 y artículo 4 del Convenio del Fondo. A raíz del naufragio del Erika frente a las costas francesas en 1990, el límite máximo se elevó a 89,77 millones de DEG, con efecto al 1° de noviembre de 2003. Con arreglo a las enmiendas al Protocolo del Fondo de 1992, aprobadas en 2000 y que entrarán en vigor en noviembre de 2003, las cantidades se han elevado de 135 millones de DEG a 203 millones de DEG. Si tres de los Estados contribuyentes al Fondo reciben más de 600 millones de toneladas de hidrocarburos al año, el límite máximo se elevará de 200 millones de DEG a 300.740.000 DEG.

⁸³ Por daños por contaminación se entienden las “pérdidas o daños causados fuera del barco que transporte los hidrocarburos por la contaminación resultante de derrames o descargas procedentes del barco, dondequiera que ocurran tales derrames o descargas”. Sin embargo, no se da definición alguna de “contaminación” ni de “polución”. Por regla general, se entiende que la “contaminación” hace referencia a la introducción antropogénica de sustancias o energía en el mar; y “polución” se refiere a sus efectos nocivos. Para una definición representativa de estos términos, véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Su artículo 1, 4) define la “contaminación del medio marino” como “la introducción por el hombre [...] de sustancias o de energía en el medio marino [...] que produzca o pueda producir efectos nocivos [...]”. Actualmente, se intenta modificar de nuevo esta definición para que refleje el enfoque preventivo. Véase Louise de la Fayette, nota 4 *supra*, pág. 153 (nota 16).

b) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas.

52. Esta definición tenía por objeto reconocer el derecho a percibir indemnización por las pérdidas económicas directas que sufran las personas, sus bienes y su posición económica como consecuencia de los daños causados al medio ambiente. Por lo tanto, su intención específica era excluir la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente *per se*⁸⁴. Esta definición no pudo ser aprobada como enmienda a los Convenios de responsabilidad civil y del Fondo por la decisión de los Estados Unidos de América de no participar. Para superar este escollo, las partes intentaron celebrar dos nuevos Protocolos en 1992, anexos al Convenio de responsabilidad civil y al Convenio del Fondo que incluían la definición de “daños por contaminación” de 1984. Antes de que los dos Protocolos entraran en vigor en 1996, algunos reclamantes intentaron ampararse en esta definición para solicitar indemnizaciones por daños causados al medio ambiente *per se*. El Fondo entendió que sólo eran aceptables las peticiones que incluyeran un daño económico cuantificable, mensurable en términos monetarios, y no las basadas en el deterioro del medio ambiente *per se*. En algunos casos, el Fondo llegó a acuerdos extrajudiciales⁸⁵.

53. Para aclarar aún más la cuestión, en 1993 se creó un Grupo de Trabajo de la Asamblea del Fondo. Como consecuencia de su labor, el Grupo de Trabajo observó que el Fondo sólo debería pagar cuando existiera una pérdida económica cuantificable y verificable, así como por las medidas que fueran objetivamente razonables en el momento en que se tomaron.

54. En cuanto a los costos de restauración, el Grupo de Trabajo señaló que, para que dieran lugar a indemnización, debían ser razonables; las medidas tomadas no debían ser desproporcionadas en relación con los resultados obtenidos o los resultados que sería razonable esperar; y las medidas debían ser apropiadas y tener posibilidades razonables de éxito. En relación con un caso concreto de vertido de hidrocarburos, también acordó que el Fondo debía pagar el costo de los estudios científicos destinados a valorar el alcance y la naturaleza precisos de los daños causados al medio ambiente y a evaluar la necesidad de adoptar medidas de restauración. Asimismo, el Grupo de Trabajo recomendó que la indemnización cubriera el costo de las medidas que efectivamente se hayan tomado o hubieran de tomarse. La Asamblea del Fondo respaldó estas recomendaciones en 1994. Sin embargo, parece que hasta la fecha no se ha formulado ninguna reclamación por reparación ni se ha pagado indemnización alguna por este concepto.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 156.

⁸⁵ Véanse las reclamaciones de Italia en los asuntos *Patomos*, de 1985, y *Haven*, de 1991. En estos casos, los tribunales italianos hicieron lugar a las demandas entabladas por el Gobierno de Italia en su calidad de administrador del patrimonio nacional, por daños causados al medio ambiente *per se*. Para un análisis del asunto *Patomos*, véase P. Sands, nota 60 *supra*, págs. 663 y 664, así como Maria Clara Maffei, “The Compensation for Ecological Damage in the *Patomos case*”, en Francioni y Scovazzi (eds.), nota 22 *supra*, págs. 381 a 394. Sobre el acuerdo concertado por el Gobierno italiano en el asunto *Haven*, véase el Informe anual de los Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, 1999, págs. 42 a 48.

a) Daños por contaminación por hidrocarburos y posición especial de los Estados Unidos con arreglo a la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990

55. La posición del Fondo en lo que se refiere a los daños por contaminación por hidrocarburos que se ha descrito difiere de la posición del Gobierno de los Estados Unidos. Esta última cambió a raíz del desastre causado por el derrame de petróleo del *Exxon Valdez* en 1989, que provocó daños en gran escala en la costa de Alaska, especialmente sensible desde el punto de vista ambiental⁸⁶. El costo de la remoción y la restauración excedió con mucho las cantidades admisibles con arreglo al Convenio del Fondo. Además, como la definición de “daños por contaminación” que el Fondo intentaba elaborar en 1984 no incluía los daños al medio ambiente *per se*, los Estados Unidos no se adhirieron a los Convenios revisados de responsabilidad civil y del Fondo y decidieron aprobar su propia Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990, de carácter más riguroso.

56. Hay algunas diferencias importantes entre la Ley de 1990 de los Estados Unidos y el régimen internacional⁸⁷. En primer lugar, la responsabilidad corresponde a “cualquier persona que sea propietaria o explote o haya tomado el buque en virtud de un contrato de fletamento con cesión temporaria de su posesión y control y no sólo al propietario de éste; y se incurrirá en responsabilidad por cualquier derrame de hidrocarburos y no sólo por el de hidrocarburos persistentes. La responsabilidad es objetiva y solidaria. La Ley de 1990 prevé excepciones más limitadas que el régimen internacional. Así pues, sólo hay tres excepciones: fuerza mayor, acto de guerra y acto u omisión de un tercero. Los “terceros” se definen de modo restrictivo. Los actos u omisiones de un tercero ligado por una relación contractual con la parte responsable no podrán invocarse como excepciones con arreglo a la Ley de 1990 a menos que la parte responsable pueda demostrar que obró con la debida diligencia y tomó precauciones contra actos u omisiones previsibles. Por lo demás, estas limitadas excepciones no podrán hacerse valer si la parte responsable no procede, o se niega, a informar del accidente o a prestar asistencia y cooperación razonables en relación con las actividades de remoción que requiera el accidente o a cumplir determinadas órdenes. Del mismo modo, la Ley de 1990 no permite invocar la excepción basada en la negligencia del Gobierno responsable de mantener ayudas a la navegación, como faros, mientras que ello sí puede hacerse valer con arreglo al régimen internacional.

57. Asimismo, la responsabilidad de operador es limitada. Las partes responsables pueden compensar sus propios costos de limpieza con cargo a los límites de responsabilidad. Si se supera el límite, la responsabilidad corresponderá al arrendatario o

⁸⁶ Después del desastre causado por el derrame de petróleo del Erika frente a las costas occidentales francesas en diciembre de 1999, en las reuniones de un grupo de trabajo creado a propuesta de Francia para estudiar la posible enmienda del régimen de los Convenios de responsabilidad civil y del Fondo, se sugirió que se revisara la definición de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. No obstante, hasta ahora no se ha anunciado progresos sobre este particular. Véase Louise de la Fayette, nota 4 *supra*, pág. 159.

⁸⁷ Para un análisis de la legislación de los Estados Unidos, véase Thomas J. Schoenbaum, “Environmental Damages: The Emerging Law in the United States”, en Peter Wetterstein, nota 5 *supra*, págs. 159 a 173; A. H. E. Popp, “A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships”, en Colin M. De La Rue (ed.), nota 80 *supra*, págs. 109 a 131, especialmente págs. 117 a 124. Para un análisis de la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 y el Fondo fiduciario de responsabilidad por derrames de hidrocarburos, véase Christopher Kende, “The United States Approach”, en Colin M. De La Rue, *op. cit.*, págs. 131 a 149.

titular de un permiso de la zona en la que se realicen las actividades, también hasta un límite. Con arreglo a la Ley de 1990, al igual que sucede en el régimen internacional, la limitación no podrá invocarse si el accidente ha sido causado por “negligencia grave o mala conducta intencional de la parte responsable”. Sin embargo, a diferencia del régimen internacional, la limitación tampoco podrá hacerse valer si el accidente se debe a la “violación de una reglamentación federal aplicable sobre seguridad, construcción o funcionamiento” por la parte responsable; o si ésta no procede, o se niega, a informar del accidente o a prestar asistencia y cooperación razonables en relación con las actividades de remoción, o a cumplir determinadas órdenes. Además, si el límite no se excede con arreglo a la Ley de 1990, nada impide a los distintos Estados integrantes de los Estados Unidos imponer requisitos adicionales de responsabilidad con arreglo a su propia legislación. A este respecto, el régimen internacional se rige únicamente por la prueba de la “culpa o connivencia”.

58. Además de establecer mayores niveles de indemnización⁸⁸, la Ley de 1990 prevé la indemnización por daños al medio ambiente *per se*, bajo el epígrafe “daños a los recursos naturales”⁸⁹. La producción de un “cambio adverso observable y mensurable en un recurso natural o el deterioro de un servicio basado en la explotación de un recurso natural” podría generar responsabilidad y dar lugar al pago de una indemnización por a) el costo de la restauración, rehabilitación, sustitución o adquisición de una cantidad equivalente de los recursos naturales dañados; b) la disminución del valor de los recursos naturales en espera de su restauración; y c) el costo razonable de evaluación de esos daños⁹⁰. Estos costos podrán ser recuperados por determinados organismos federales, gobiernos estatales o tribus indias como administradores de los recursos naturales y en caso de daños al medio ambiente en un territorio o zona bajo la jurisdicción y el control exclusivos de un Estado extranjero, la indemnización se pagará al administrador extranjero de los recursos⁹¹.

59. Sin embargo, persiste el problema de cómo calcular el importe de los daños, en relación tanto con la pérdida de su uso por el tiempo que demore la restauración del recurso, como con el valor de los recursos dañados, cuando no puedan ser restaurados ni sea posible crear un medio ambiente “equivalente”. Este problema se plantea tanto en relación con la legislación de los Estados Unidos como en cualquier régimen internacional. La falta de un método comúnmente aceptado para calcular los daños causados a los recursos naturales o al medio ambiente *per se* es uno de los motivos por los cuales la indemnización por estos aspectos del “daño” no se incluyeron en los distintos regímenes internacionales.

⁸⁸ Para los límites establecidos en la Ley sobre contaminación por hidrocarburos, véase Schoenbaum, *ibíd.*, pág. 161; Popp, *ibíd.*, págs. 123 y 124. Con arreglo a esta ley, a la parte responsable le corresponde pagar un primer tramo de la indemnización, mientras que el Fondo fiduciario se hace cargo de un segundo tramo.

⁸⁹ La Ley sobre contaminación por hidrocarburos contempla seis categorías de daños recuperables: recursos naturales, bienes muebles o inmuebles, uso con fines de subsistencia, ingresos, beneficios y lucro cesante, y servicios públicos. Para un análisis sobre esta materia, véase Schoenbaum, *ibíd.*, pág. 163.

⁹⁰ Registro Federal 504 (5 de enero de 1996), s. 2706 d), citado en Louise de la Fayette, nota 4 *supra*, pág. 151 (nota 8).

⁹¹ Sobre la función de los administradores públicos de los recursos, véase Brighton y Askman, “The Role of the Government Trustees in Recovering Compensation for Injury to Natural Resources”, en Peter Wetterstein (ed.), nota 5 *supra*, págs. 177 a 206.

60. El único asunto conocido sobre esta materia es el de *Commonwealth of Puerto Rico c. The S. S. Zoe Colocotroni* (1980). Desestimando un cálculo basado en la disminución del valor de mercado de la zona dañada, el Tribunal declaró que el cálculo aplicable era: “el costo razonable que para el soberano o el organismo que este designe suponga restaurar o rehabilitar el medio ambiente en la zona afectada hasta que recupere su estado anterior, o el estado más cercano posible al anterior, sin que se efectúen unos gastos considerablemente desproporcionados”. El Tribunal desestimó por considerablemente desproporcionado un cálculo de los daños basado en la sustitución de los árboles dañados y de los sedimentos contaminados por hidrocarburos, aprobando en su lugar un cálculo basado en lo que habría costado adquirir la biota destruida. Por consiguiente, el cálculo de los daños realizado por el Tribunal parece estar “basado en la rehabilitación artificial de la zona afectada durante un período de tiempo limitado, teniendo en cuenta las facultades de restauración del medio natural, así como factores económicos”⁹².

b) Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones de 1980

61. La Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones de 1980 (Superfondo) fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en respuesta a los graves problemas ambientales y sanitarios derivados del anterior sistema de eliminación de sustancias peligrosas. Esta ley creó un sistema global para hacer frente a la emisión, o al riesgo de emisión, de “sustancias peligrosas” en el medio ambiente, ya se trate de la tierra, el aire o el agua. La ley creó el Superfondo, con cargo a los recursos del presupuesto, que se repondrían con lo que se recibiera de las partes responsables en concepto de recuperación de costos, con el propósito de sufragar las operaciones de limpieza necesarias. El Organismo de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos administra el Superfondo y tiene amplias facultades para investigar la contaminación, elegir las medidas correctivas adecuadas, y ordenar a las partes responsables que realicen las operaciones de limpieza, o bien realizar tales operaciones por sí mismo y recuperar su costo. Por regla general, los tribunales han estimado que la responsabilidad exigible con arreglo a esta ley es objetiva. Dicha ley establece un número limitado de excepciones y defensas. También establece que las disposiciones reglamentarias para la evaluación de los daños deberán tener en cuenta “los daños directos e indirectos, la destrucción y la pérdida y factores tales como el valor de sustitución, el valor de uso, y la propensión del ecosistema a recuperarse, entre otros”⁹³.

2. Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996 y Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de buques de 2001

62. El Convenio sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas de 1996, concertado también bajo los auspicios de la OMI, sigue el mismo sistema de asignación de las pérdidas que el Convenio de responsabilidad civil y el Convenio del

⁹² Schoenbaum, nota 87, pág. 164.

⁹³ Para un análisis de la Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones, véase Brighton y Askman, *ibíd.*, págs. 183 y 184.

Fondo. Se establece la responsabilidad limitada del propietario y las pérdidas se comparten con un fondo suplementario creado en virtud del Convenio. El fondo se nutre de las aportaciones de los receptores de las cargas nocivas y potencialmente peligrosas o de las que realicen los gobiernos en nombre de aquéllos⁹⁴.

63. No obstante, ni el Convenio de responsabilidad civil ni el de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas se ocupan de los daños causados por la contaminación por el combustible empleado por los buques. Es difícil combatir este tipo de contaminación, que puede tener consecuencias graves para algunos países. En respuesta a las peticiones de esos países, la OMI elaboró el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de buques de 2001⁹⁵.

64. El texto sigue el modelo del Convenio de responsabilidad civil y adopta la misma definición de daños por contaminación, pero limitándola a los daños causados por los hidrocarburos utilizados para propulsar los buques y hacer funcionar los equipos. Por lo tanto, este Convenio sólo abarca los daños debidos a la contaminación causada por los hidrocarburos de los buques y no a la acción del fuego o a posibles explosiones. La responsabilidad recae sobre el propietario del buque y puede verse limitada según lo prescrito en las condiciones de un seguro u otra garantía financiera con arreglo a cualquier régimen nacional o internacional aplicable, como el Convenio sobre la limitación de la responsabilidad en las reclamaciones marítimas de 1976, en su versión enmendada. No se contempla financiación complementaria.

65. En su conjunto, el Convenio de responsabilidad civil, el Convenio sobre el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas y el Convenio sobre contaminación por los hidrocarburos para combustible de buques constituyen un régimen integrado de responsabilidad en materia de contaminación marina causada por los buques.

3. Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos de 1977

66. A raíz de la explosión de un pozo de exploración frente a las costas de California en 1972, la comunidad internacional tomó conciencia del peligro de contaminación por la explotación cada vez más generalizada de las reservas de hidrocarburos situadas en el mar. Habida cuenta de las actividades de esa naturaleza que se desarrollan en el Mar del Norte, sus Estados ribereños se reunieron en Londres, a iniciativa del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para negociar un convenio sobre responsabilidad por los daños resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos. El resultado fue la adopción del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos de 1977⁹⁶.

67. El Convenio establece la responsabilidad objetiva del explotador de la instalación, sin perjuicio de las excepciones que se contemplan en su propio texto

⁹⁴ Para el texto, véase el documento de la OMI LEG/CONF.10/8/2. Véase asimismo 35 *ILM* (1996), 1415.

⁹⁵ Para el texto, véase el documento de la OMI LEG/CONF.12/DC/1.

⁹⁶ Para el texto, véase 16 *ILM* (1977), 1450.

(artículo 3). No obstante, el explotador está facultado para limitar su responsabilidad a 30 millones de DEG durante los cinco primeros años después de la apertura a la firma del Convenio y a 40 millones de DEG posteriormente (artículo 6). Para acogerse a la limitación de responsabilidad que se establece en el Convenio, el explotador debe mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra dicho importe (artículo 8). No es necesario que esta cobertura, que queda a discreción de los Estados, abarque la responsabilidad derivada de daños por contaminación causados íntegramente por un acto de sabotaje o terrorismo. La acción de reclamación por los daños causados podrá incoarse ante los tribunales del país en el que se produjo el daño o ante los del país que ejerza los derechos de soberanía exclusiva sobre la zona marítima en la que esté situada la instalación (artículo 11). Hasta ahora, el Convenio no ha sido ratificado por ningún Estado, debido a que, al mismo tiempo que se lo negociaba, las compañías petroleras celebraron un acuerdo de responsabilidad paralelo, el Acuerdo sobre responsabilidad por contaminación en el mar⁹⁷. Con arreglo al Acuerdo, en caso de accidente, el explotador será responsable del daño irrogado en su totalidad. Si el explotador es insolvente, el Acuerdo asumirá la responsabilidad hasta un importe de 100 millones de dólares de los EE.UU., y el pago que deba efectuarse se compartirá entre los distintos asociados.

4. Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos de 2000

68. Se recordará que las partes XI y XII y el anexo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 se refieren a la protección del medio marino y la responsabilidad por la contaminación del mar⁹⁸. El 13 de julio de 2000, la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, creada en virtud de la Convención, aprobó el Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona⁹⁹. Entre los rasgos más destacados de este reglamento se cuentan la prohibición de iniciar la prospección de nódulos polimetálicos cuando haya pruebas fehacientes de que existe riesgo de daño grave al medio marino; y una vez que haya dado comienzo la prospección, la obligación de informar al Secretario General de cualquier accidente que cause un daño grave al medio marino. Asimismo, quienes lleven a cabo actividades de exploración en la Zona deberán realizar estudios de referencia, evaluar los efectos para el medio ambiente, y poner en marcha medidas para hacer frente a cualquier accidente que pueda causar un daño grave al medio marino. Además, cualquier accidente o daño grave deberá ser notificado por el operador a la Autoridad, que podrá tomar medidas de emergencia a costa del contratista, si éste no las toma por sí mismo. El contratista también será responsable del “monto efectivo de los daños y perjuicios, incluidos los causados al medio marino, derivados de actos u omisiones ilícitos cometidos por él”. Asimismo, será

⁹⁷ Para el texto del Acuerdo sobre responsabilidad por contaminación en el mar, véase *13 ILM* (1974), 1409.

⁹⁸ Véanse los artículos 139, 145, 209, 215 y 235 de la Convención y el artículo 22 de su anexo III.

⁹⁹ El Reglamento figura en el documento de la Autoridad de los Fondos Marinos ISBA/6/A/18, anexo. Con arreglo a la Convención, por “Zona” se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (artículo 11). Para el texto de la Convención, véase *El Derecho del Mar: texto oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 con un índice temático y pasajes del Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.V.10).

responsable de los actos u omisiones ilícitos cometidos por todos sus empleados, subcontratistas o agentes y por todas las personas que realicen operaciones en su nombre. Esta responsabilidad incluye el costo de las medidas que sean razonables para prevenir o limitar los daños al medio marino, teniendo en cuenta los actos u omisiones de la Autoridad.

69. Ha de señalarse¹⁰⁰ que el reglamento habla tanto de “daños graves” como de “daños” al medio marino. No está claro que ambos conceptos signifiquen lo mismo. Mientras que por “daños graves” se entienden aquellos que “constituyan un cambio adverso importante del medio marino”, no se dice qué ha de entenderse por “daños”. Además, la definición de “daños graves” es incompleta, ya que se los hace depender de una determinación que ha de efectuarse “con arreglo a las normas, los reglamentos y los procedimientos aprobados por la Autoridad sobre la base de normas y prácticas internacionalmente reconocidas”. Por consiguiente la Autoridad debe seguir trabajando sobre este aspecto. La obligación de pagar el costo de la restauración o el restablecimiento del medio marino en la medida de lo posible queda fuera de la responsabilidad del operador. Esta laguna es difícilmente explicable, sobre todo porque la responsabilidad del operador es de carácter culposo. También es evidente que la referencia a la obligación del operador de pagar únicamente el costo efectivo tiene por objeto limitar esa obligación sólo a los daños cuantificables y no extenderla a cálculos especulativos o teóricos (siguiendo el ejemplo del Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos).

5. Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999

70. En el ámbito del transporte de sustancias peligrosas, el reciente Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999¹⁰¹, establece, como es lógico, un sistema algo más complejo de asignación de sus pérdidas y la responsabilidad. Dicho Protocolo se aplica a los daños derivados de los movimientos transfronterizos de desechos y su eliminación, y sigue el sistema de responsabilidad objetiva y limitada. Sin embargo, la responsabilidad no recae en el expedidor o el importador, como ocurre en los Convenios de responsabilidad civil y del Fondo. Por el contrario, generadores, exportadores, importadores y eliminadores son todos potencialmente responsables en las diferentes etapas del recorrido de los desechos peligrosos. Cuando los desechos se encuentran en tránsito, la responsabilidad corresponde a la persona que notifica a los Estados afectados la ruta que se prevé que seguirán los desechos. En tal caso, el responsable será normalmente el generador o el exportador del desecho. Más tarde, una vez que la otra parte recibe los desechos, la responsabilidad por cualquier daño corresponde al eliminador. Por último, si los desechos sólo son declarados peligrosos por el Estado de importación y no el de exportación, el importador también será responsable hasta que el eliminador tome posesión de ellos.

71. El artículo 4 del Protocolo también regula la situación que se produce cuando quien esté obligado a notificar no lo haga, y considera responsable al exportador

¹⁰⁰ Para un análisis y un comentario del Reglamento aprobado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, véase Louise de La Fayette, nota 4 *supra*, págs. 173 a 177.

¹⁰¹ Para el texto, véase UNEP/CHW.5/29.

hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos. Del mismo modo, en caso de reimportación, la persona que haya notificado será responsable por los daños desde el momento en que los desechos peligrosos abandonen el sitio de la eliminación hasta el momento en que los desechos entren en posesión del exportador, si esto fuera aplicable, o del eliminador alternativo. Al no transferir en ningún momento la responsabilidad a la persona operativamente encargada de los desechos, el Protocolo parece apartarse de la aplicación del principio de que quien contamina paga¹⁰².

72. El párrafo 5 del artículo 4 establece excepciones al principio de responsabilidad. Una vez más, son muy parecidas a las que se estipulan en el Convenio de responsabilidad civil. Una excepción adicional es la que se produce cuando el daño resulta exclusivamente del cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado donde se haya producido el daño. El párrafo 6 del artículo 4 reconoce el derecho del demandante a pedir indemnización completa a cualquiera de las personas responsables del daño, o a todas ellas, cuando el daño haya sido causado por más de una persona.

73. También es digno de mención el artículo 7, pues, a diferencia de lo previsto en el Convenio de responsabilidad civil, en caso de daños en que no sea posible diferenciar entre la contribución hecha por los desechos regulados por el Protocolo y los desechos no regulados por éste, se considerará que todos los daños resultantes están regulados por el Protocolo. No obstante, si es posible distinguir, la responsabilidad en virtud del Protocolo será proporcional a la contribución hecha por los desechos regulados por el Protocolo.

74. A efectos del Protocolo, el artículo 2 c) define el daño como:

- a) Muerte o lesiones corporales;
- b) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el Protocolo;
- c) Pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos;
- d) Costo de las medidas de restablecimiento del medio ambiente deteriorado, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse; y
- e) Costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten de propiedades peligrosas de los desechos objeto de movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio.

75. Por otra parte, por “medidas de restablecimiento” se entiende “cualquier medida razonable encaminada a evaluar, restablecer o restaurar componentes dañados o destruidos del medio ambiente”. A la legislación nacional corresponderá establecer qué parte tiene derecho a tomar esas medidas (artículo 2, párrafo 2 d)).

76. Finalmente, por “medidas preventivas” se entiende “cualquier medida razonable tomada por cualquier persona en respuesta a un accidente con objeto de prevenir,

¹⁰² Véase Christophe Bernasconi, *Civil Liability Resulting From Transfrontier Environmental Damage: A case for the Hague Conference?* Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Documento Preliminar No. 8, abril de 2000, a la atención de la Comisión Especial de mayo de 2000 sobre asuntos generales y política de la Conferencia, pág. 11.

reducir al mínimo o mitigar pérdidas o daños o sanear el medio ambiente” (artículo 2, párrafo 2 e))¹⁰³.

77. El derecho a establecer límites financieros a la responsabilidad se reserva a las Partes Contratantes con arreglo a su legislación nacional, aunque el Protocolo establece los niveles mínimos de responsabilidad en el anexo B.

78. El artículo 15 del Protocolo, leído juntamente con la decisión V/32 sobre la utilización del Fondo Fiduciario de cooperación técnica para el Convenio de Basilea, de carácter provisional, establece un sistema complementario de indemnización para aquellos casos en que la indemnización con arreglo al Protocolo no cubra los costos de los daños, consistente en un fondo establecido por la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea, al que sólo tienen acceso los Estados en desarrollo o Estados con economías en transición¹⁰⁴.

79. El artículo 13 establece plazos para entablar las demandas de indemnización y el artículo 17 determina la jurisdicción competente para pronunciarse sobre ellas. Esta es la de los tribunales de una Parte Contratante donde a) se ha sufrido el daño; o b) ha ocurrido el accidente; o c) el demandado tiene su residencia habitual o su centro principal de operaciones comerciales. Cada Parte Contratante deberá asegurarse de que los tribunales bajo su jurisdicción sean competentes para conocer de esas demandas de indemnización. El artículo 18 tiene por objeto evitar que diferentes órganos jurisdiccionales conozcan en acciones judiciales simultáneas entre las mismas partes y sobre la misma materia y consolidar demandas conexas ante un mismo tribunal con el fin de evitar el riesgo de que de procedimientos distintos resulten sentencias inconciliables. El artículo 21 regula, a reserva de determinadas excepciones, entre ellas las de orden público, el reconocimiento mutuo de las sentencias y la ejecución en otras jurisdicciones de las dictadas por un tribunal competente, siempre y cuando se satisfagan las formalidades locales, que no podrán permitir la reapertura del fondo del asunto.

80. Las demás características principales del Protocolo son las siguientes:

- a) Establece la responsabilidad culposa adicional de quienes hayan causado el daño por no haber cumplido la normativa para la aplicación del Convenio de Basilea o por sus actos u omisiones voluntarios, imprudentes o negligentes;
- b) Reconoce el derecho de interponer recurso contra cualquier otra persona responsable con arreglo al Protocolo, a un contrato o a la ley del tribunal competente;
- c) Impone la obligación de mantener un seguro y suministrar otras garantías;

¹⁰³ La referencia a los costos de evaluación de los daños en la definición de “restablecimiento”, así como la expresión “sanear el medio ambiente”, son nuevas con respecto a anteriores tratados sobre responsabilidad, lo que se considera un progreso en la evolución del derecho. No obstante, la omisión de cualquier referencia a la obligación de introducir elementos equivalentes cuando la fauna y la flora originales no puedan ser restablecidas, se considera un paso atrás. En cualquier caso, se percibe que, en relación con el régimen del Convenio de responsabilidad civil, existe una tendencia a concentrarse cada vez más en los daños al medio ambiente *per se*, más que principalmente en los daños a personas y bienes. Véase Louise de La Fayette, nota 4 *supra*, págs. 166 y 167.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 167.

d) Sus disposiciones no afectan a los derechos y las obligaciones que reconoce el derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, ni a las demandas que puedan interponerse en su virtud;

e) Con arreglo al artículo 3, el Protocolo se aplica a los daños resultantes de un incidente ocurrido durante un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito, desde el punto en que los desechos son cargados en el medio de transporte en una zona bajo la jurisdicción nacional de un Estado de exportación (artículo 3);

f) Según el mismo artículo 3, el Protocolo no se aplica en determinados casos, como por ejemplo cuando sólo el Estado de exportación o el de importación es Parte, cuando ninguno de ellos es Parte o cuando las disposiciones de otro acuerdo bilateral, regional o multilateral en vigor resultan aplicables en relación con la responsabilidad y la indemnización por daños causados por un accidente que haya tenido lugar en el mismo tramo de un movimiento transfronterizo.

6. Daños nucleares y responsabilidad

81. La responsabilidad nuclear se regula en varios convenios, entre los que se cuenta el Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960 (en sus versiones modificadas en 1964 y 1982)¹⁰⁵, celebrado bajo los auspicios del Organismo Europeo de Energía Nuclear y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos. También pueden mencionarse el Acuerdo suplementario de Bruselas de 1963¹⁰⁶, la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 (en su versión revisada por un Protocolo de 1997)¹⁰⁷, y la Convención de Viena sobre indemnización suplementaria por daños nucleares de 1997¹⁰⁸. Básicamente, estos Convenios establecen la responsabilidad principal, fija y limitada del explotador, que es quien se hace cargo del primer nivel de indemnización. Un segundo nivel consiste en el suministro de indemnizaciones complementarias a través de fondos que debe crear el Estado en el que se sitúa la instalación. Además de estos dos niveles de indemnización existe un tercero, con arreglo al cual todas las Partes Contratantes comparten equitativamente los costos de los accidentes de mayor envergadura. El párrafo 2 del artículo V de la Convención de Viena de 1963, en su versión revisada por el Protocolo de 1997, establece un nivel mínimo de responsabilidad de 5 millones de DEG. Según el artículo 7 b) del Convenio de París (en su versión modificada en 1982), los Estados podrán establecer límites mínimos similares con arreglo a su derecho interno.

82. No obstante, con arreglo al Convenio de París, la reparación de los daños causados al medio de transporte sobre el que se encuentren en el momento del accidente las instalaciones nucleares (artículo 7 c)), o los pagos en concepto de intereses y gastos liquidados por el tribunal ante el cual se haya entablado una acción con el fin de obtener indemnización (artículo 7 g)) no afectarán al importe mínimo de la indemnización adeudada por el explotador responsable. El límite mínimo de responsabilidad tampoco se verá afectado en esos casos de conformidad con la Convención de Viena en su versión revisada (artículos IV 6) y VA 1)). Asimismo, con arreglo

¹⁰⁵ Para los textos, véase *Naciones Unidas, Treaty Series*, vol. 956, pág. 251; *UKTS* (1968) 69; *UKTS* (1989) 6.

¹⁰⁶ Para el texto, véase *2 ILM* (1963) 685.

¹⁰⁷ Para los textos, véanse *2 ILM* (1963) 727 y *36 ILM* (1997) 1462.

¹⁰⁸ Para el texto, véase *36 ILM* (1997) 1473.

al párrafo 1) del artículo 1A de la Convención de Viena revisada, al igual que según el Convenio de París (artículo 7 d)), este explotador será responsable de los daños nucleares, independientemente del lugar donde se hayan sufrido¹⁰⁹. En el caso de la Convención de Viena, esto representa un avance con respecto a la situación anterior.

83. Aunque el Estado de la instalación es libre de establecer un nivel menor de responsabilidad, estará obligado, en virtud de la Convención de Viena revisada, a hacerse cargo de la diferencia garantizando la aportación de fondos públicos hasta el importe determinado en el artículo V 1). Con arreglo a éste, “el Estado de la instalación podrá limitar la responsabilidad del explotador por cada incidente nuclear a:

a) No menos de 300 millones de DEG; o

b) No menos de 150 millones de DEG siempre que por encima de ese importe y hasta 300 millones de DEG, como mínimo, dicho Estado aporte fondos públicos para indemnizar los daños nucleares; o

c) Por un máximo de 15 años a contar de la fecha de entrada en vigor del Protocolo, hasta un importe transitorio de no menos de 100 millones de DEG con respecto a un incidente nuclear ocurrido en ese período. Podrá estipularse un importe inferior a 100 millones de DEG, a condición de que el Estado haya de aportar fondos públicos para indemnizar los daños nucleares entre ese importe inferior y 100 millones de DEG.”

84. Estos límites de responsabilidad de los explotadores son mucho más elevados que los establecidos previamente con arreglo a la Convención de Viena (5 millones de dólares) y al Convenio de París (sólo 15 millones de DEG, artículo 7 b)).

85. Por encima de los 300 millones de DEG o durante un período transitorio de 10 años, el Estado de la instalación deberá garantizar un importe transitorio de 150 millones de DEG. La Convención de Viena sobre indemnización suplementaria de 1997 establece en su artículo III que todas las demás Partes Contratantes deberán abonar con cargo a sus fondos públicos una cantidad adicional en concepto de indemnización, con arreglo a una fórmula que se especifica en su artículo IV. Tal cantidad puede sobrepasar los 1.000 millones de dólares. La percepción de la indemnización adicional está sujeta a un requisito: sólo podrán beneficiarse de ella los Estados que sean partes en la Convención sobre seguridad nuclear de 1994¹¹⁰.

¹⁰⁹ Sin embargo, el Estado de la instalación podrá excluir la aplicación de la Convención a los daños sufridos en el territorio de un Estado no Contratante, si ese Estado posee una instalación nuclear en su territorio o en cualesquiera zonas marítimas que haya establecido de acuerdo con el derecho internacional del mar y no concede beneficios recíprocos equivalentes. Esta exclusión no afectará a los derechos que el artículo 2 a) reconoce a quienes reclamen una indemnización cuando parte de los daños se hayan producido en un Estado Contratante y la competencia para conocer de la demanda de indemnización recaiga en los tribunales de ese Estado. Tampoco afectará al derecho de quienes soliciten una indemnización por daños causados a un navío o aeronave, o a bordo de ellos, dentro de las zonas marítimas de un Estado no Contratante.

¹¹⁰ Para el texto, véase 33 *ILM* (1994) 1518. Para ampliar los beneficios de la Convención sobre indemnización suplementaria de 1997 al mayor número posible de Estados, la participación en ella no se limita a los Estados partes en la Convención de Viena, sino que está también abierta a los Estados partes en el Convenio de París y a cualquier Estado que no sea parte en ninguno de estos dos instrumentos siempre que su derecho se ajuste a los mismos principios básicos de responsabilidad por accidentes nucleares. Véanse los artículos XVIII y XIX. Los requisitos que deben cumplir los Estados que no sean partes en la Convención de Viena y el Convenio de París se enumeran en un anexo.

86. La Convención de Viena establece en su versión revisada la responsabilidad objetiva del explotador. No obstante no se incurrirá en responsabilidad cuando los daños se deban a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos.

87. Asimismo, existe un plazo para incoar acciones por daños y perjuicios (artículo VI). El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera (artículo VII). El explotador tendrá derecho de repetición (artículo X). El artículo XI regula la competencia de los tribunales para conocer de demandas de indemnización. Por regla general, serán competentes los tribunales de la Parte Contratante en cuyo territorio haya tenido lugar el accidente nuclear. Cuando existan dificultades para determinar el lugar en que ocurrió el accidente nuclear, los tribunales competentes para pronunciarse sobre el accidente serán los del Estado de la instalación del explotador responsable. Si el accidente ocurrió parcialmente fuera del territorio de toda parte contratante, y parcialmente en el de una sola Parte Contratante, serán competentes los tribunales de esta última. Cuando sean competentes los tribunales de dos o más Partes Contratantes, la competencia se atribuirá de común acuerdo entre las Partes. En cualquier caso, deberán ofrecerse garantías de que sólo los tribunales de un Estado Contratante tendrán competencia para conocer de las demandas de indemnización relacionadas con un accidente nuclear determinado.

88. La definición de daños nucleares concuerda con la que contiene en el Protocolo de Basilea. No se incluye la indemnización por daños al medio ambiente *per se*. No obstante, se regulan claramente todas las categorías de daños, incluidos los daños a personas o bienes, y otros cinco tipos de daños, en la medida que determine la legislación del tribunal competente. Dichos daños son: la pérdida económica derivada de la pérdida de vidas humanas o de cualquier lesión corporal o de los daños o perjuicios materiales; el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado; el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente; los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas; y cualquier otra pérdida económica, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente.

89. La Convención de Viena revisada también dice que debe entenderse por “medidas de rehabilitación”, “medidas preventivas” y “medidas razonables”. Medidas de rehabilitación son cualesquiera medidas razonables aprobadas por las autoridades competentes del Estado donde se hayan adoptado las medidas. Dichas medidas tienen por objeto rehabilitar o restaurar componentes del medio ambiente dañados o destruidos o introducir en el medio ambiente, cuando ello sea razonable, el equivalente de esos componentes. Por otra parte, estas medidas sólo podrán ser adoptadas por quienes estén facultados para ello por la legislación del Estado en que se hayan sufrido los daños. Los requisitos por los que se exige la aprobación de las autoridades competentes del Estado y de la legislación del Estado tienen por objeto evitar reacciones excesivas y precauciones innecesarias, así como demandas exorbitantes.

90. Medidas preventivas son las medidas razonables adoptadas por cualquier persona después de ocurrido el incidente nuclear a fin de prevenir o minimizar los

daños. La adopción de estas medidas requerirá la previa aprobación de las autoridades competentes del Estado, si así lo exige su propia legislación.

91. Medidas razonables son las medidas que, en virtud de la legislación del tribunal competente, se juzgue que sean apropiadas y proporcionadas, habida cuenta de las circunstancias. Por ejemplo, si son proporcionales a la magnitud y naturaleza de los daños sufridos o al riesgo de que se produzcan tales daños, si existe la posibilidad de que sean eficaces o si están en armonía con los conocimientos científicos y técnicos pertinentes.

7. Convenio de Lugano sobre actividades peligrosas de 1993

92. El Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, concertado en 1993 en el marco del Consejo de Europa y conocido como Convenio de Lugano¹¹¹, no abarca los daños causados por sustancias nucleares o el transporte de mercancías o sustancias peligrosas¹¹². Su ámbito se extiende únicamente a actividades estáticas, incluida la eliminación de desechos peligrosos. Por “actividades peligrosas” se entiende la producción, el cultivo, la manipulación, el almacenamiento, el uso, el vertido, la destrucción, la eliminación o la liberación de sustancias o preparados o la explotación de instalaciones o emplazamientos para el almacenamiento, el reciclado o la eliminación de desechos que supongan riesgos significativos para “las personas, el medio ambiente y los bienes”, incluidas las sustancias enumeradas en un anexo y los organismos modificados genéticamente¹¹³.

¹¹¹ Para el texto, véase 32 *ILM* (1993) 128. Este Convenio no ha entrado en vigor. Véase la nota 4 *supra*.

¹¹² Éstos están regulados por la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales de 1989, celebrada bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. Esta Convención establece, en su artículo 5, un régimen de responsabilidad objetiva y contiene muy limitadas excepciones. La responsabilidad recae en el transportista y sus límites se fijan en el artículo 9. La Convención aplica a los daños los principios más importantes del Convenio de responsabilidad civil y reproduce deliberadamente la definición de 1984 de daños por contaminación. Por lo tanto, se centra en los daños a personas y bienes como consecuencia de los daños al medio ambiente y prevé el pago de indemnizaciones por el costo de las medidas preventivas y las medidas razonables de restablecimiento, concepto éste que no se define. Si los daños se producen durante las operaciones de carga y descarga de los bienes la responsabilidad será solidaria. El transportista también estará obligado a cubrir su responsabilidad con un seguro u otro tipo de garantía financiera (artículo 13). Aunque esta Convención no contempla financiación adicional, los Estados Contratantes podrán formular reservas para establecer mayores límites de responsabilidad o una responsabilidad ilimitada para los daños derivados de accidentes que tengan lugar en su territorio. La Convención sólo contempla una excepción: sólo es aplicable si los daños son consecuencia de un suceso que tenga lugar en el territorio de uno de los Estados partes y si las víctimas también se encuentran en el territorio de ese Estado. En otras palabras, los daños transfronterizos atribuibles al suceso no son objeto de cobertura. Por ello, el tratado no ha sido respaldado hasta la fecha por muchos Estados, no ha sido ratificado y hasta ahora, sólo Alemania y Marruecos lo han firmado. Para el texto, véase el documento de las Naciones Unidas ECE/TRANS/79 (1989).

¹¹³ Por organismo modificado genéticamente se entiende cualquier organismo cuyo material genético haya sido modificado de manera que no tenga lugar naturalmente por multiplicación y/o recombinación natural. No obstante, esta definición no incluye a los organismos modificados genéticamente obtenidos por mutagénesis, siempre que la modificación genética no implique la utilización de organismos modificados genéticamente como organismos receptores; y las plantas obtenidas por fusión celular (incluida la fusión protoplásmica), con la misma salvedad hecha anteriormente. Véase el artículo 2 3).

93. En relación con las actividades o sustancias peligrosas, el Convenio de Lugano establece la responsabilidad objetiva del explotador de la actividad de que se trate. No obstante, la responsabilidad no está limitada en su importe, por lo que refleja de forma bastante estricta el principio de que quien contamina paga. Los daños se definen de forma amplia y abarcan el deterioro del medio ambiente y los daños a personas y bienes. A tal efecto, el medio ambiente se define en términos amplios e incluye los recursos naturales, los bienes del patrimonio cultural y “aspectos característicos del paisaje”. Sin embargo, aparte del lucro cesante, la indemnización por el deterioro causado se limita al costo de las medidas razonables¹¹⁴ de prevención y restablecimiento realmente adoptadas o que se prevea adoptar.

94. Las medidas de restablecimiento incluyen la introducción, “cuando ello sea razonable”, de elementos del medio ambiente equivalentes a los destruidos o dañados, por ejemplo, cuando la restauración exacta sea imposible.

95. Entre las posibles excepciones a la responsabilidad se cuentan la guerra, las hostilidades, los fenómenos naturales excepcionales e irresistibles, los actos de un tercero, el cumplimiento de una orden o de una medida obligatoria de carácter específico emanadas de una autoridad pública, o los daños resultantes de una contaminación “de un nivel aceptable, habida cuenta de las circunstancias locales pertinentes, o de una actividad peligrosa realizada lícitamente en interés de la persona que haya sufrido el daño”¹¹⁵. El plazo para iniciar las acciones que correspondan prescribirá tres años después de que el demandante haya tenido, o hubiera podido tener, conocimiento de los daños, y en cualquier caso, éstas no podrán incoarse después de transcurridos 30 años desde la fecha del accidente. La responsabilidad del explotador está respaldada por un régimen obligatorio de seguro u otra garantía financiera. Finalmente, la competencia se basa en lo dispuesto en el Convenio de Bruselas de

¹¹⁴ La limitación de la recuperación de los costos a las medidas razonables de prevención y restablecimiento también se encuentra en la Convención sobre indemnización suplementaria por daños nucleares de 1997. Sin embargo, la diferencia reside en que, con arreglo a esa Convención, es al Estado en cuyo territorio deben adoptarse las medidas a quien corresponde decidir qué medidas tienen esa naturaleza. Con arreglo a la fórmula que se establece en esta Convención y en algunas otras, los tribunales pueden ser en última instancia quienes decidan qué ha de entenderse por medidas razonables. Un criterio orientativo es que “no deberían admitirse cálculos abstractos de daños o demandas relativas a elementos no cuantificables del daño causado al medio ambiente”. Véase Edward Brans, “Liability and Compensation for Natural Resource Damage under the International Oil Pollution Conventions”, *5 Review of European Community and International Environmental Law* (1996) 297, pág. 301. Una orientación más autorizada en la materia es la que proporcionó el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, en relación con las demandas de indemnización interpuestas por gobiernos relativas a las actividades de supervisión y evaluación realizadas con el fin de identificar y evaluar los daños al medio ambiente y los recursos naturales sufridos a raíz de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. Dicho Grupo entendió que la existencia de pruebas concluyentes de los daños ambientales no era un requisito para que la actividad de supervisión y evaluación fuera indemnizable. Aunque las actividades “meramente teóricas o especulativas” o que tengan sólo una vaga relación con los daños derivados de la invasión y la ocupación no serían indemnizables, el Grupo examinó la cuestión de las actividades de supervisión y evaluación caso por caso para determinar si eran o no razonables. Por otra parte, una recomendación de un estudio de supervisión y evaluación en modo alguno prejuzga sobre el fondo de una demanda sustantiva basada en ese estudio. Véase Mojtaba Kazazi, “Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission”, en Bowman y Boyle, nota 4 *supra*, páginas 111 a 131, especialmente páginas 128 y 129.

¹¹⁵ Artículo 8.

1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹¹⁶.

8. Responsabilidad e indemnización: el modelo de las Comunidades Europeas

96. La Comisión de las Comunidades Europeas ha venido estudiando la cuestión de la responsabilidad e indemnización por daños causados al medio ambiente, con miras a presentar una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea (UE). El propósito es contribuir a la adopción de legislación de la UE sobre una estricta responsabilidad ambiental para el año 2003¹¹⁷. Tras amplias consultas y debates con las partes interesadas, la Comisión de la UE ultimó una propuesta de directiva sobre responsabilidad ambiental¹¹⁸. El ámbito de este proyecto de directiva no comprende los daños a personas y a mercancías cubiertas por las disposiciones tradicionales en materia de daños¹¹⁹. También se exceptúa del ámbito de la propuesta, la responsabilidad e indemnización reguladas por otros convenios sobre responsabilidad civil mencionados en el párrafo 3 del artículo 3 del proyecto, y los riesgos o daños ambientales de origen nuclear, o la amenaza inminente de esos riesgos, que pueden tener su origen en las actividades abarcadas por el Tratado por el que se estableció el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), o los daños, incidentes o actividades con respecto a los cuales la responsabilidad o indemnización está regida por los acuerdos de responsabilidad civil mencionados en el párrafo 4 del artículo 3. Además, las actividades cuya única finalidad sea servir a la defensa nacional también quedan fuera del ámbito de la propuesta (párrafo 7 del artículo 3). Asimismo también está excluido del ámbito de la propuesta cualquier daño ambiental o amenaza inminente de ese daño causado por una contaminación de carácter amplio y difuso, cuando sea imposible establecer un vínculo causal entre el daño y las actividades de ciertos operadores individuales, (párrafo 6 del artículo 3).

97. La propuesta adopta el principio de *responsabilidad objetiva pero no limitada*¹²⁰ por daños derivados de cualquier actividad ocupacional que cree un riesgo

¹¹⁶ 8 *ILM* (1969) 229.

¹¹⁷ Se señala que es necesaria una acción a nivel de la Comunidad Europea para enfrentar con eficacia y eficiencia la contaminación de lugares determinados y la pérdida de diversidad biológica por las siguientes razones: a) existen unos 300.000 parajes que están clara o potencialmente contaminados; b) el costo de una limpieza parcial se estima entre 55.000 y 160.000 millones de euros; c) no todos los Estados miembros han adoptado una normativa legal al respecto; la mayoría de las legislaciones nacionales no obligan a las autoridades nacionales a garantizar la limpieza de los llamados sitios huérfanos; y d) sin un marco comunitario armonizado los agentes económicos podrían explotar las diferencias entre los sistemas de los Estados miembros para crear construcciones jurídicas artificiales con la esperanza de eludir la responsabilidad. Para el texto, véase nota 4 *supra*, págs. 36 y 37.

¹¹⁸ Una lista de los diferentes sectores interesados consultados puede hallarse en *ibid.*, anexo I, páginas 27 a 29. Un resumen de sus opiniones se hallará en las páginas 29 a 32.

¹¹⁹ Véase el párrafo 8 del artículo 3. La recomendación formulada en un Libro Blanco publicado anteriormente era distinta. Las razones mencionadas para la evolución de la opinión al respecto son las siguientes: los referidos aspectos están fuera de lugar en un sistema encaminado a lograr ambiciosos objetivos ambientales y aplicar en medida significativa el principio de que “quien contamina paga” y el principio de prevención; los daños tradicionales sólo pueden regularse por la vía de la responsabilidad civil, y se necesita mayor reflexión para armonizar distintas iniciativas internacionales sectoriales e instrumentos de responsabilidad civil internacional en evolución, que complementan los acuerdos ambientales internacionales. *Ibid.*, pág. 19.

¹²⁰ De conformidad con la propuesta, una evaluación de la posibilidad de introducir una limitación de la responsabilidad se efectuaría dentro de los tres años de la entrada en vigor de la directiva.

potencial o actual para los seres humanos y el medio ambiente incluido en la lista del anexo I del proyecto¹²¹. La responsabilidad se imputa al operador que ha causado el daño o que se encuentra en peligro inminente de causarlo. Esto está en armonía con el principio de que quien contamina paga, que constituye la base de la política ambiental de la Comunidad Europea (CE) (párrafo 2 del artículo 174 del Tratado de la CE). El operador también está obligado a compensar los costos (razonables) de prevención y reparación, incluidos los costos de evaluación tanto en el caso de daño ambiental como en el de riesgo inminente de ese daño¹²².

98. El artículo 16 no impone a los operadores requisitos estrictos de seguridad y garantía financiera, sino que se limita a alentarlos a contratarlas para hacer frente a sus responsabilidades. Se estima que esto no crea ningún inconveniente, ya que los riesgos que ha de cubrir el régimen son más fácilmente calculables y pueden ser objeto de mejor administración. Además, se estima que es menester proporcionar flexibilidad para los primeros años de aplicación, dado que el régimen introduce diversas novedades para los aseguradores y otros proveedores de servicios financieros¹²³.

99. No obstante, con arreglo al artículo 8, en el caso de daños a la biodiversidad¹²⁴ o de amenaza inminente de tales daños como resultado de actividades ocupacionales distintas de las enumeradas en el anexo I, el operador no será considerado responsable¹²⁵ cuando

Véase nota 4 *supra*, anexo III, pág. 59. La cuestión de la responsabilidad limitada también se plantea en relación con la asegurabilidad de los riesgos asociados con los daños y su compensación. No obstante, los límites presentan tanto ventajas como inconvenientes. Límites más bajos aumentarían la asegurabilidad y reducirían los costes de la observancia y por tanto el poder disuasorio. Por otra parte, la propuesta da a los Estados miembros la opción de establecer limitaciones a la garantía financiera en el momento de su aplicación. *Ibid.*, pág. 10.

¹²¹ El concepto de actividades ocupacionales abarca las que no tienen ánimo de lucro así como las desarrolladas por empresas u organismos públicos. *Ibid.*, pág. 32.

¹²² Artículo 7. El artículo no se refiere a los costos razonables, como se ha constatado en el caso de varios otros convenios. No obstante, se supone que esa limitación es inherente al principio. Véase Edward Brans, "The EC White Paper on Environmental Liability and the Recovery of Damages for Injury to Public Natural Resources" ("El Libro Blanco de la CE sobre responsabilidad ambiental y reparación por daños causados a los recursos naturales públicos"), en Bowman y Boyle, nota 4 *supra*, págs. 323 a 333, página 328 (nota 22 de pie de página).

¹²³ *Ibid.*, pág. 20.

¹²⁴ La "biodiversidad" se define en la propuesta con referencia a directivas anteriores de la CE o a hábitat y especies no contemplados en dichas directivas, cuyas áreas de protección o conservación se hayan designado de conformidad con las legislaciones nacionales pertinentes. Véase el párrafo 2 del artículo 2, nota 4 *supra*, pág. 41. Ha de señalarse que la definición de "diversidad biológica" del artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica no puede considerarse apropiada a estos efectos ni a efectos de la responsabilidad derivada de organismos genéticamente modificados. La definición de ese Convenio va más allá del concepto de hábitat y especies y abarca la "variabilidad" de los organismos vivos. Según se señala en la propuesta, tal enfoque plantea delicadas cuestiones en cuanto a la manera en que podría cuantificarse el daño y cuál sería el umbral de perjuicio que conllevaría la responsabilidad. Esta observación se formuló sin perjuicio de las posibilidades futuras que existen en relación con esta cuestión en el contexto de la aplicación del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, *ibid.*, pág. 20.

¹²⁵ La propuesta de la Comisión de excluir los tradicionales epígrafes clasificatorios de los daños y limitar la definición del daño a la biodiversidad mediante una referencia a las especies y hábitat protegidos ha sido objeto de críticas. Según un comentario "limita gravemente la pertinencia y aplicabilidad del régimen propuesto a cualquier daño causado por organismos genéticamente modificados". Véase Ruth Mackenzie, "Environmental Damage and Genetically Modified Organisms" (El daño ambiental y los organismos genéticamente modificados), en Bowman y Boyle, nota 4 *supra*, págs. 63 y ss, pág. 75.

no pueda demostrarse su culpa o negligencia. El mismo será responsable, sin embargo, en virtud del artículo 10, de cualquier coste ocasionado por la adopción de medidas preventivas que normalmente hubiera debido tomar.

100. Los “daños” se definen como “el cambio adverso conmensurable en un recurso natural o el perjuicio conmensurable a un servicio de un recurso natural, causados directa o indirectamente”.

101. Por “daño ambiental” se entienden los daños a la biodiversidad, los daños de las aguas y los daños del suelo. A estos efectos, se entiende por “recurso natural”, la biodiversidad, el agua y el suelo, incluido el subsuelo.

102. Cuando las medidas de prevención o de reparación son adoptadas por las autoridades competentes o por un tercero en nombre de éstas, el operador deberá reembolsar su coste, dentro de un plazo de cinco años. Se entiende por “medidas de prevención” las medidas adoptadas tras un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de que se produzcan daños ambientales, con vistas a impedir o minimizar dichos daños. Por otra parte, se entiende por “reparación” cualquier acción o conjunto de acciones encaminadas a reparar, rehabilitar o reemplazar recursos naturales y servicios dañados, o a facilitar una alternativa equivalente a los mismos, incluyendo la reparación primaria, o recuperación natural y la reparación compensatoria o la llevada a cabo en un lugar distinto de aquél en el que se produjo el daño y cualquier acción que se lleve a cabo para compensar las pérdidas que se hayan registrado transitoriamente¹²⁶.

103. Con arreglo al artículo 9, el operador puede oponer ciertas defensas contra las reclamaciones por responsabilidad. Entre éstas se cuentan los acontecimientos que escapan a su control, como los conflictos armados, hostilidades, guerra civil o insurrección, y los fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible. No originan tampoco responsabilidades para el operador las emisiones o actos permitidos por las leyes y reglamentos aplicables o por el permiso o autorización que le

¹²⁶ Se ha señalado que cuando se causa daño a un recurso natural, el propósito de la reparación fijado en la propuesta es conseguir soluciones equivalentes, en lugar de reproducir, con independencia del coste que ello implique, la situación previa al incidente. Nota 4 *supra*, pág. 7. Se estima en general que los costos de la reparación pueden calcularse con más facilidad y precisión que el valor de los recursos naturales dañados. Véase *Ohio v. DOI*, citado en Edward Brans, nota 122 *supra*, pág. 331. Véase también *M. J. Mazzotta* y otros, “Natural Resource Damage Assessment: The Role of Resource Restoration” (Evaluación de los daños causados a los recursos naturales: la función del restablecimiento de los recursos) 34 *Natural Resources Journal* (1994) 167. En el anexo II de la propuesta se amplían las consideraciones relativas a las opciones razonables de reparación y se insta a la autoridad competente a estudiar las opciones de restauración sobre la base de diversos criterios: a) el efecto que tendrá cada opción sobre la salud y la seguridad públicas; b) el coste que supone llevar a la opción a la práctica; c) la probabilidad de éxito de cada opción; d) la medida en que cada una de las opciones contempladas servirá para prevenir futuros daños, sin que se produzcan daños colaterales; y e) la medida en que cada una de las opciones contempladas beneficiará a cada componente del recurso o servicio natural. Si es probable que varias opciones proporcionen el mismo valor, se elegirá la menos costosa. Entre otras cosas, la autoridad competente debe invitar a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse las medidas de reparación a presentar sus observaciones, y las tendrá en cuenta. Nota 4 *supra*, págs. 57 y 58. El enfoque de la propuesta parece ser por tanto similar al adoptado en los Estados Unidos para la evaluación de los daños causados a los recursos naturales al aprobarse la Ley integral de respuesta, compensación y responsabilidad por daños al medio ambiente de 1980. Para un análisis de ésta, véase Edward Brans, op. cit., págs. 332 a 334.

haya sido expedido; las emisiones o actividades que no se hayan considerado perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad, siempre que el operador no haya actuado con negligencia; los daños derivados de un acto realizado por un tercero con la intención de causar daño; el cumplimiento de normas y reglamentos dictados por una autoridad pública¹²⁷, y la actuación del operador en calidad de administrador judicial de conformidad con las disposiciones nacionales pertinentes cuando no se demuestre su culpa o negligencia.

104. Con arreglo al artículo 6, los Estados miembros deben aportar los recursos financieros para garantizar que se adopten las medidas de prevención o de reparación necesarias, sin perjuicio de la responsabilidad financiera del operador, cuando no sea posible recurrir a ésta. Esto puede suceder en los casos en que no se pueda identificar al operador, o en que éste no disponga de medios económicos suficientes para adoptar alguna o todas las medidas preventivas o reparadoras necesarias, o cuando el operador no esté obligado, de conformidad con la referida propuesta de directiva, a sufragar los gastos ocasionados por tales medidas. Los detalles de los arreglos correspondientes se dejan, sin embargo, a la discreción de los Estados.

105. También se prevé el otorgamiento de una condición especial a entidades calificadas, como grupos de interés público y organizaciones no gubernamentales, para asegurar el buen funcionamiento del régimen, dada la ausencia de intereses derivados del derecho de propiedad, en relación, por ejemplo, con la biodiversidad. En caso de amenaza inminente o de daños efectivos a las condiciones ambientales, las personas afectadas o las entidades calificadas estarán facultadas para pedir a la autoridad competente que adopte medidas, en determinadas condiciones y circunstancias.

106. El régimen propuesto está sujeto a exámenes periódicos sobre la base de los informes que los Estados miembros han de presentar a la Comisión, en los que indicarán la experiencia recogida, a fin de que este órgano pueda evaluar las repercusiones del régimen sobre el desarrollo sostenible, y si es conveniente su revisión.

9. Daños causados por objetos espaciales

107. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 (Convenio sobre la responsabilidad espacial) es el único convenio existente que se refiere a la responsabilidad estatal, en cuanto se diferencia de la responsabilidad civil¹²⁸. La Convención atribuye una responsabilidad absoluta al “Estado de lanzamiento”, que está definido como: a) un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial, y b) un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial. El Estado de lanzamiento es responsable por los daños causados por objetos espaciales suyos en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo. Se entiende por daño la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, y la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales.

¹²⁷ No obstante, el cumplimiento de los reglamentos, es decir, el cumplimiento de lo estipulado de un permiso o autorización no constituye una defensa. *Ibid.*, pág. 33.

¹²⁸ Para el texto, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 961, pág. 212. La Convención entró en vigor el 1º de septiembre de 1972.

108. Se ha registrado un solo caso de daños atribuibles a actividades espaciales en el que se invocaron las disposiciones de este Convenio¹²⁹. El 24 de enero de 1978 un satélite soviético alimentado por un pequeño reactor nuclear se desintegró sobre los territorios del noroeste del Canadá. Este país reclamó compensación por los daños causados por los fragmentos radiactivos del satélite con arreglo al Convenio sobre responsabilidad espacial y con los principios generales del derecho internacional. No se produjo ningún daño concreto.

109. No obstante, el Canadá gastó 13.970.143,66 dólares canadienses para localizar, recoger y someter a pruebas los fragmentos del satélite ampliamente dispersos en la congelada superficie ártica. El Canadá argumentó que los costos de limpieza y prevención del riesgo potencial para el territorio del Estado y sus habitantes debían considerarse comprendidos en el concepto de daño a la propiedad en el marco del Convenio. La invocación de los principios generales del derecho internacional tenía sólo el carácter de una precaución adicional. Los gastos efectuados por el Canadá tenían por objeto evaluar los daños, limitar los daños existentes, reducir al mínimo el riesgo de nuevos daños y restablecer las condiciones ambientales que existían antes del incidente. Tras largas negociaciones, la Unión Soviética convino en pagar alrededor de la mitad de la suma reclamada por el Canadá en concepto de costo de las operaciones de limpieza.

110. La interpretación del Convenio de Responsabilidad Espacial efectuada por el Canadá es igual a la adoptada por la Asamblea General en los “Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre” aprobados en su resolución 47/68, de 14 de diciembre de 1992. El Principio 9 trata de la responsabilidad e indemnización. Según el párrafo 1, el principio se aplica a los daños causados por objetos espaciales que lleven a bordo una fuente de energía nuclear, y en el párrafo 3 se declara que “la indemnización incluirá el reembolso de los gastos debidamente justificados que se hayan realizado en operaciones de búsqueda, recuperación y limpieza, incluidos los gastos por concepto de asistencia recibida de terceros”. Esto podría considerarse una interpretación autorizada del concepto de “daños” tal como se emplea en el Convenio de Responsabilidad Espacial. Se ha sostenido que este precedente debería ser objeto de una mayor generalización a fin de que el concepto de “daños” empleado en el Convenio incluya el costo de recoger los restos de los objetos espaciales y dejar el medio ambiente afectado en las condiciones en las que se encontraría si el daño no se hubiese producido¹³⁰.

10. Actividades en la Antártida

111. También hay negociaciones en curso, aunque no con tanto éxito, sobre la cuestión de la adición de uno o más anexos relativos a la responsabilidad por daños derivados de las actividades en la Antártida previstas en el Protocolo sobre la protección del medio ambiente del Tratado Antártico, adoptado en Madrid en 1991¹³¹. Este Protocolo suspendió la vigencia de la anterior Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos¹³² concertada por los Estados partes en el Tratado Antártico de 1959. En el artículo 7 del Protocolo se prohíbe toda actividad relativa a los recursos minerales. En el artículo 17 se prevé

¹²⁹ Para una reciente descripción del incidente, véase Louise de La Fayette, nota 4 *supra*, pág. 172.

¹³⁰ *Ibid.*, pág. 173.

¹³¹ Para el texto, véase 30 *ILM* (1991) 1451.

¹³² Para el texto, véase 27 *ILM* (1991) 868.

además la elaboración por los Estados partes de uno o más anexos relativos a la responsabilidad.

112. Las actividades destinadas a la concepción de un régimen de responsabilidad se llevaron a cabo inicialmente en un grupo de expertos juristas y se prosiguieron después en la Reunión de las Partes. Se han venido examinando varias cuestiones y se han formulado al respecto algunas propuestas concretas. Estas se refieren a aspectos tales como el ámbito de aplicación, la definición del concepto de daño (con respecto a la cual se propuso que el daño debía ser “importante y duradero”), la norma de responsabilidad, las sanciones y límites, las normas relativas a la cuantía de los daños, el deber de adoptar medidas de respuesta y reparación, la responsabilidad del Estado y la solución de controversias¹³³. Sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo sobre estas cuestiones. Tampoco se mostró entusiasmo por aceptar la responsabilidad del Estado, cuando no actuara como operador, excepto en circunstancias estrictamente definidas.

113. Una de las cuestiones que dieron origen a las controversias es la de si el operador debe ser responsable por los daños identificados y aceptados en una evaluación ambiental integral. Actualmente, las conversaciones¹³⁴ están más orientadas a la protección y conservación del frágil entorno de la Antártida y a medidas de respuesta de urgencia. El aspecto tradicional del daño a las personas y a la propiedad previsto en las leyes ordinarias de responsabilidad civil no es actualmente objeto de especial atención. En la última Reunión Consultiva del Tratado Antártico, celebrada en San Petersburgo, en julio de 2001, se examinó un anexo más restringido propuesto por los Estados Unidos sobre la cuestión de la responsabilidad por omisión de adoptar medidas de respuesta de urgencia. El ámbito de la propuesta no abarca los daños causados por la contaminación gradual o crónica, o la degradación. Existe una general renuencia a elaborar un convenio integral sobre responsabilidad.

B. Modelos de asignación de la pérdida: algunas características comunes

114. Los distintos modelos de asignación de la pérdida estudiados comparten en general algunas características. En primer lugar, confirman que la responsabilidad de los Estados es la excepción y únicamente se acepta cuando se trate de actividades en el espacio ultraterrestre. La responsabilidad en el caso de un perjuicio que no sea nominal o insignificante, sino apreciable o demostrable, se imputa¹³⁵, en el caso de

¹³³ Una referencia a las deliberaciones sobre estas cuestiones en una fase anterior se hallará en P. S. Rao, Segundo informe sobre prevención, documento A/CN.4/501, párrs. 61 a 63.

¹³⁴ Véase la actualización más reciente relativa a las conversaciones sobre responsabilidad en el contexto de la Antártida en Louise de La Fayette, nota 4 *supra*, págs. 177 a 181. La Coalición del Océano Antártico y Austral, una organización no gubernamental, expresó su profunda preocupación por la falta de progresos. Con respecto a algunas propuestas y observaciones concretas sobre el proyecto más reciente pendiente de examen por la próxima Reunión Consultiva del Tratado Antártico que se celebrará en 2003, véase ASOC, information paper 77, agenda item 8. Este documento puede consultarse en la Red, en el sitio www.asoc.org.

¹³⁵ Según Goldie, las convenciones sobre responsabilidad civil por daños nucleares iniciaron la nueva corriente de imputar la responsabilidad al explotador por débil que sea el nexo de causalidad y con independencia de lo novedosos que puedan ser los factores que intervengan (salvo que se trate de alguno perteneciente al limitado grupo de factores exculpatorios). Véase L. F. E. Goldie, “*Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in terms*

las instalaciones fijas, a quien las explota. Existen no obstante otras posibilidades. En el caso de los buques, la responsabilidad se imputa al propietario, no al armador. Eso significa que el fletador —que puede ser en la práctica el armador— no es responsable según el Convenio internacional de responsabilidad civil por los daños causados por contaminación por hidrocarburos. Conforme al Protocolo de Basilea todos los que generen, exporten, importen o eliminen desechos pueden incurrir en responsabilidad durante las diferentes etapas del transporte de los desechos. El principio general que debe extraerse no es que quien explota es responsable siempre, sino que la responsabilidad se imputará en primera instancia a la parte que tenga un mayor control efectivo del riesgo en el momento del accidente.

115. La responsabilidad de quien que tiene el control de la actividad es objetiva o absoluta en el caso de las actividades peligrosas o potencialmente peligrosas. Ello se justifica en virtud de la necesaria aplicación del principio de “quien contamina paga”¹³⁶. Debe añadirse inmediatamente que el principio de “quien contamina paga” remite con frecuencia a la pregunta: ¿Quién contamina? La respuesta variará según las circunstancias, dependiendo del modelo de asignación de la pérdida que se utilice¹³⁷. Así pues, el modelo de responsabilidad e indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos actualmente en vigor y reconocido internacionalmente determina que el armador y el propietario de la carga comparten la responsabilidad. En Europa occidental, y tratándose de accidentes nucleares, los riesgos

of Relative Exposure to Risk”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 174-248, 1985, pág. 196. Sobre esta cuestión véase también la obra del mismo autor “Liability for Damage and the Progressive Development of International Law”, *Int’l & Comp. L. Q.*, vol. 14, 1965, págs. 1189 y 1215 a 1218.

¹³⁶ Goldie señala que “el quid de la cuestión de la responsabilidad objetiva es la necesidad de que las actividades extremadamente peligrosas respondan por las violaciones de los derechos a la seguridad personal, la propiedad o los servicios derivadas de un daño causado por la actividad de una empresa en la medida en que las concepciones socialmente aceptadas de justicia distributiva así lo exijan”. “Es decir, con independencia de los problemas filosóficos, éticos o incluso fácticos que puedan aparecer al identificar el nexo causal, la empresa que crea el riesgo no debe tener la posibilidad de transferir a las víctimas potenciales los costos de su interferencia en los servicios socialmente aceptados”. Véase *ibid.*, págs. 189 y 190. En cuanto a la diferencia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad absoluta, el propio autor explica que la responsabilidad absoluta es una forma de responsabilidad más estricta que la objetiva. Añade que “las reglas exculporias creadas por los tribunales para mitigar el rigor de la responsabilidad del demandado en el caso *Rylands c. Fletcher*, 1968, *The Law Reports*, vol. 3, House of Lords (así como las que han aparecido en la jurisprudencia de los tribunales que reconocen la doctrina alternativa de las actividades extremadamente peligrosas) han hecho que el adjetivo “absoluto” resulte inapropiado; de ahí que la expresión “responsabilidad objetiva” sea la que se utilice preferentemente en el common law. Por otra parte, en este artículo se ha retomado el término “absoluto” a fin de indicar que nos encontramos ante una modalidad de responsabilidad más rigurosa que la normalmente denominada “objetiva”, especialmente en el ámbito internacional”. *Ibid.*, págs. 194 y 195. Se observa que casi ocho excepciones podrían resultar aplicables a la regla de la responsabilidad absoluta enunciada en el caso *Rylands c. Fletcher*. *Ibid.*, nota 50 de pie de página, pág. 196.

¹³⁷ Birnie y Boyle (véase nota 72 *supra*, pág. 94) dan ejemplos de diferentes métodos de asignación de la pérdida. Los autores observan que en esos casos “lo que importa es *cómo* se comparte la responsabilidad y *cómo* se paga la indemnización: determinar quién contamina no responde estas preguntas, ni en este supuesto ni en otras operaciones complejas, como el transporte de desechos peligrosos”. Véase también P. S. Rao, Primer informe sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, A/CN.4/487/Add.1, párrs. 73 a 86, y en particular párr. 84 y nota 73 de pie de página para otros ejemplos en los que el riesgo y la pérdida se comparten.

no asegurados son de cargo, en primer lugar del Estado en que se encuentra la instalación y, por encima de un cierto límite, de un fondo de indemnización al que contribuyen los gobiernos participantes en proporción a su potencia nuclear instalada y su PNB. En este caso el principio general es hacer pagar a quien contamina la parte del riesgo que resulte justa y equitativa, sin olvidar un importante componente de subvención por parte del Estado.

116. El modelo de gestión del riesgo de las instalaciones nucleares de los Estados de Europa oriental es aún más interesante. Algunos gobiernos de Europa occidental, que representan un amplio grupo de víctimas potenciales de accidentes, han financiado las obras necesarias para mejorar las normas de seguridad. Los Estados ribereños del Rin hicieron algo a fin de persuadir a Francia de que redujese la contaminación procedente de sus minas de potasio.

117. La responsabilidad objetiva se reconoce en distintas jurisdicciones de todo el mundo y en todos los sistemas jurídicos¹³⁸. De ahí la posibilidad de considerarla bien un principio general del derecho internacional o cuando menos un exponente del desarrollo progresivo del derecho internacional¹³⁹. Tratándose de actividades que no sean peligrosas pero que impliquen el riesgo de causar un daño sensible, quizá resulte más adecuado vincular la responsabilidad a la culpa o negligencia.

118. En los casos de responsabilidad objetiva, también es habitual limitarla a sumas que por lo general pueden asegurarse. De otro modo, si no existe un fondo de indemnización, no sería razonable ni viable imponer la responsabilidad objetiva, por ejemplo, al armador del petrolero únicamente, dejando a un lado a los dueños de la carga de petróleo. En la mayoría de los regímenes de responsabilidad objetiva limitada el explotador está obligado a contratar seguros y otras garantías financieras adecuadas para beneficiarse de la limitación.

¹³⁸ El modelo de responsabilidad objetiva ha sido el utilizado para regular la responsabilidad ambiental en Suecia, Noruega, Alemania, Luxemburgo, Dinamarca y Finlandia. Véase Brian Jones, nota 5 *supra*, pág. 14. Según un estudio encargado por la Comisión Europea en conexión con su Propuesta de Directiva sobre responsabilidad ambiental (nota 4 *supra*), en 1995 40 estados de los Estados Unidos de América habían instituido modelos de responsabilidad objetiva para sufragar el costo de la limpieza de áreas contaminadas que supusieran una amenaza para la salud humana y el medio ambiente. Esta normativa se añadió a la ley federal CERCLA de 1980. Véase “An Analysis of the Preventive Effect of Environmental Liability: Environmental Liability, Location and Emissions Substitution: Evidence from the Toxic Release Inventory”, 30 de octubre de 2001, pág. 3, que puede consultarse en <http://www.europa.eu.int/comm/environment/liability/preventive.htm>. Véase también las referencias anteriores al estudio de Mahnoush H. Arsanjani, “No-fault liability from the perspective of the general principles of law”, citado en el segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de Julio Barboza, nota 15 *supra*, nota 61, pág. 159; Gunther Handl, “State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons”, AJIL, vol. 74, 1980 525-565, pág. 553 (“debería admitirse la posibilidad de partir del supuesto de que la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas es un principio general del derecho internacional general en vigor”).

¹³⁹ Véase más arriba la cautela que muestra el Grupo de Trabajo de la Comisión de 1996 en relación con la responsabilidad sin culpa como principio general del derecho internacional, nota 25 *supra*. Goldie parece compartir esa cautela. Después de estudiar algunas justificaciones y teorías que apoyan la responsabilidad objetiva, afirma que “en la medida en que estas teorías proporcionan un fundamento para exigir responsabilidad objetiva por productos y operaciones, han sido objeto no obstante de una aceptación muy limitada en los sistemas jurídicos del mundo”. En consecuencia, “su recepción por el derecho internacional sería sin duda reflejo de actuaciones realizadas en el marco del ‘desarrollo progresivo’”, *ibíd.*, pág. 210.

119. Cabe objetar al régimen de responsabilidad limitada que no da al explotador un incentivo suficiente para adoptar medidas de prevención más estrictas. Si se fijan límites demasiado bajos, podría incluso convertirse en una licencia para contaminar o perjudicar a otros y hacer recaer en terceros los costos reales de la explotación. También se considera que tal vez no podría atender a todas las legítimas demandas y reclamaciones de indemnización planteadas por víctimas inocentes que hayan sufrido un daño¹⁴⁰. Se afirma en ese sentido que no es improbable que, teniendo en cuenta sus pros y contras, la responsabilidad basada en la culpa responda a los intereses de las víctimas de forma más adecuada y que resulta aconsejable mantenerla como uno de los tipos de responsabilidad. No es inusual que, en el ámbito de la responsabilidad basada en la culpa, la víctima tenga oportunidad de recurrir en forma más generosa a las normas probatorias y a las inferencias. Al invertirse la carga de la prueba, puede exigirse al explotador que demuestre haber tomado todas las precauciones debidas y propias de una persona razonable y prudente en proporción al riesgo de la operación¹⁴¹.

120. La mayoría de los regímenes de responsabilidad relativos a actividades peligrosas prevén fuentes adicionales de recursos para hacer frente a las reclamaciones por daños y en especial para sufragar los costos de las medidas de respuesta y reparación que resultan esenciales para contener el daño y para restablecer los recursos naturales y los servicios públicos afectados.

121. Los fondos adicionales provienen de dos fuentes diferentes. La primera es los fondos públicos que forman parte del presupuesto nacional. En otras palabras, el Estado asume una parte de la pérdida creada por el daño. La otra parte se asigna a un fondo conjunto creado a partir de contribuciones de quienes realizan el mismo tipo de actividades peligrosas o de entidades en cuyo beneficio directo se realiza la actividad peligrosa o potencialmente peligrosa. Normalmente no se establece de forma expresa a cuál de los fondos comunes —el creado por los explotadores, el procedente de los beneficiarios o el establecido por el Estado— se recurriría con carácter prioritario una vez superado el límite de la responsabilidad del explotador. En el caso de las medidas de respuesta y recuperación, se llega a afirmar que el Estado o

¹⁴⁰ Se señaló que, dados los límites impuestos a la responsabilidad en muchas de las recientes convenciones, esencialmente por razones económicas, “resulta útil volver a las teorías fundamentales sobre responsabilidad extracontractual que las normas han tratado de evitar: las acciones basadas en la responsabilidad derivada de la culpa”. Alexander Kiss y Dinah Shelton, *International Environmental Law* (1991), pág. 375. Véase también Boyle, nota 51 *supra*, que observa que el principio de la responsabilidad objetiva, a pesar de ser prometedor, “puede no cubrir en su totalidad estos costos transfronterizos”. Además, observa que, aunque menos onerosa que la responsabilidad objetiva, la responsabilidad por una infracción de la diligencia debida puede en la práctica suponer una obligación de indemnización más completa”, pág. 366.

¹⁴¹ Brian Jones, nota 5 *supra*, pág. 22. El autor afirma: “Si es cierto que en el ámbito de los daños ambientales es particularmente problemático para el demandante demostrar la existencia de culpa, éste podría ser un argumento para alterar las reglas sobre la responsabilidad civil ordinaria invirtiendo la carga de la prueba”. También señala que “en última instancia la diferencia entre responsabilidad fundada en la culpa y responsabilidad objetiva podría no ser tan profunda como en ocasiones se sugiere o se piensa. Incluso los regímenes de responsabilidad objetiva pueden incluir algunas excepciones que permitan al demandado eludir la responsabilidad en ciertas situaciones. Además, aun en los casos en que la responsabilidad sigue estando fundada en la culpa, la experiencia parece indicar que existe la posibilidad de que los tribunales concluyan que se ha traspasado el umbral de la culpa sobre la base de una prueba relativamente débil o no demasiado fehaciente”.

cualquier otra entidad pública que se encargue de llevar a la práctica tales medidas podría posteriormente recuperar del explotador su costo.

C. Algunos elementos de la responsabilidad civil

122. Para entender cabalmente el régimen de responsabilidad civil, que se basa en la responsabilidad del explotador, deben tenerse en cuenta algunos de sus elementos.

123. Los principales mecanismos jurídicos para obtener la reparación del perjuicio resultante de un daño transfronterizo se fundamentan en diferentes teorías, según el common law. El concepto de molestia o perturbación (nuisance), que hace referencia a la obstaculización excesiva y no razonable del uso y disfrute privado de bienes inmuebles, es una de ellas. El allanamiento (trespass), que es el fundamento jurídico de la acción en caso de intromisión física directa e inmediata en un bien inmueble ajeno, es otra de estas teorías. La negligencia y el principio de la responsabilidad objetiva establecidos en el caso *Rylands c. Fletcher* también se han utilizado como fundamento jurídico de varias demandas en common law. Además, la doctrina del fideicomiso público (public trust) (el Estado actúa como fideicomisario de los recursos naturales) y la de los derechos ribereños (derechos de los propietarios de fincas adyacentes a un curso de agua) también pueden servir de base para reclamar la reparación de tales perjuicios¹⁴². De manera similar, en los sistemas de derecho romano, la obligación de reparar un perjuicio transfronterizo derivaría primordialmente de las normas sobre relaciones de buena vecindad (obligación de abstenerse de cualesquiera excesos que puedan ir en perjuicio de la propiedad del vecino que pesa sobre el dueño de una finca o instalación, especialmente aquélla en la que se desarrollen actividades industriales), de una norma específica sobre responsabilidad por daños al medio ambiente o incluso de los principios generales sobre la responsabilidad civil (carga de la prueba, responsabilidad objetiva con exoneración en caso de un perjuicio debido a causas independientes, como el caso fortuito o la fuerza mayor)¹⁴³.

124. Los diversos fundamentos jurídicos para pedir las reparaciones indicadas más arriba han dado lugar por su parte a otras cuestiones jurídicas.

1. El problema del nexo causal

125. El principio del nexo causal está ligado a las cuestiones de previsibilidad y proximidad o pérdida directa. Se dice que sería posible interponer una demanda por negligencia para obtener la indemnización de un daño a la propiedad si el demandante demuestra que a) el demandado se había obligado respecto de él a cumplir un determinado grado de diligencia; b) el demandado incumplió tal obligación; c) el incumplimiento del demandado causó el daño al demandante; y d) el demandado sufrió un perjuicio como consecuencia. Además, ciertos tipos de degradación ambiental, tales como la contaminación por sustancias peligrosas, pueden dar lugar a responsabilidad objetiva según la jurisprudencia en el caso *Rylands c. Fletcher*. En el

¹⁴² Para un estudio de los distintos fundamentos en el common law, véase Thomas Schoenbaum, “Environmental Damages in the Common Law: An Overview”, en M. Bowman y A. Boyle, nota 4 *supra*, págs. 213 a 222.

¹⁴³ Para un estudio de las posturas sobre estos aspectos o fundamentos de la responsabilidad en los distintos ordenamientos nacionales, véase Christophe Bernasconi, nota 102 *supra*, págs. 16 a 26.

caso *Cambridge Water*¹⁴⁴, la Cámara de los Lores sostuvo que el principio de previsibilidad no sólo era aplicable a las acciones ejercitables en casos de negligencia o molestia, sino también a las interpuestas sobre la base de la causa *Rylands c. Fletcher*. Según Schoenbaum, las acciones en el common law eran suficientes para diversos casos de daño transfronterizo en que esté presente, por ejemplo, la contaminación atmosférica o del agua, la contaminación del suelo o de aguas subterráneas, y la degradación de zonas húmedas y el vertido de sustancias tóxicas. Sin embargo, añade, el common law sigue siendo insuficientes en cuanto a la definición y la cuantificación de los perjuicios¹⁴⁵.

126. Tribunales de distintos países han aplicado el principio y las nociones de causa próxima, nexo causal adecuado, previsibilidad y lejanía del daño. Esta rama del derecho es muy discrecional e impredecible. Distintos países han aplicado esas nociones con resultados diversos. Debe mencionarse que el examen de la proximidad parece haberse suavizado en la moderna doctrina de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la estricta teoría de la condición *sine qua non* sobre el criterio de la previsibilidad hacia un criterio menos exigente para el nexo causal, que tan sólo requiere que sea razonable imputar el perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría perder cada vez más importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Teniendo en cuenta todas estas razones, se señala que parece difícil incluir esos criterios en un modelo analítico más general de la asignación de la pérdida¹⁴⁶.

2. Cumplimiento del deber de diligencia

127. En el cumplimiento del deber de diligencia prescrito por la ley incidirían factores como la prueba de la culpa o la negligencia o la responsabilidad objetiva; habría también que determinar si el uso era legítimo, razonable o excesivo. Sin embargo, la prueba de la culpa por la parte perjudicada no se precisa a efectos de la aplicación de las normas sobre relaciones de buena vecindad en los sistemas de derecho romano. Tan sólo se necesita demostrar que el daño resultante de la conducta en cuestión va más allá de los límites de tolerancia que los vecinos se deben recíprocamente. El criterio para determinar si se produce tal exceso es el de una persona razonable de sensibilidad media.

128. Además, según el artículo 684 del código civil de la ley suiza, que dispone que las normas sobre relaciones de buena vecindad se han de aplicar con independencia de la culpa, no importa que la actividad que produjo el daño excesivo haya sido lícita o no. Otra complicación adicional es la del valor y el reconocimiento que han de otorgarse a la autorización concedida por un país para realizar una actividad dentro de su territorio cuando ésta tenga como efecto un daño excesivo en un país vecino. El problema en este caso residiría en la determinación de la ley aplicable. Es necesario optar entre la ley del Estado que dio su autorización y la ley del Estado en el que se produjo el daño. Dependiendo del principio por el que se opte, las resoluciones serán diferentes. Por ejemplo, la ley del Estado que da su autorización sería la aplicable si se diera

¹⁴⁴ *Cambridge Water Co. c. Eastern Counties Leather, PLC*, 1994, 2 Appeal Cases 264, House of Lords.

¹⁴⁵ Thomas Schoenbaum, nota 142 *supra*, págs. 214 y 215.

¹⁴⁶ Véase Peter Wetterstein "A Proprietary or Possessory Interest: *A Conditio Sine Qua Non* for Claiming Damages for Environmental Impairment?" en Peter Wetterstein (ed.), nota 5 *supra*, págs. 29 a 53, en la página 40.

primacía a la voluntad del gobierno extranjero y al vínculo entre dicha voluntad y la situación causante del daño y la necesidad de hacer cumplir la decisión en el país que dio la autorización. En cambio, se preferiría, la ley del Estado que sufre el daño si lo que importa es la necesidad de cumplir ciertas normas sustantivas mínimas al otorgar la autorización y el debido respeto por la ley del Estado en que se produce el daño. Una vez más, no existe una solución mayoritariamente¹⁴⁷.

129. Para el common law la responsabilidad por la molestia o perturbación aparece modulada por el principio de acomodación mutua entre dos propietarios vecinos. El conflicto entre los respectivos usos se juzga según la interferencia sea o no razonable. Podría darse un solapamiento entre las acciones por actividades molestas y por negligencia¹⁴⁸ así como entre las primeras y las acciones por allanamiento¹⁴⁹, pero los razonamientos jurídicos utilizados para juzgar dichas reclamaciones son diferentes. Además, mientras que en el Reino Unido la responsabilidad objetiva se contempla como un caso especial de la doctrina de la molestia (nuisance), en la práctica de los Estados Unidos se utiliza una teoría distinta, más cercana a la aplicación del principio de quien contamina paga¹⁵⁰.

3. Definición de perjuicio e indemnización

130. Incluso cuando se establece el nexo causal, pueden suscitarse dificultades en cuanto a las reclamaciones que reúnen los requisitos para la indemnización, como la pérdida financiera, el pretium doloris, la incapacidad permanente, los perjuicios de disfrute o de vida matrimonial, y la evaluación del daño. De forma similar, el daño sufrido por un bien que pueda ser reparado o sustituido puede compensarse teniendo en cuenta el valor de la reparación o la sustitución. Sin embargo, es difícil compensar el perjuicio causado a objetos con valor histórico o cultural si no es sobre la base de una evaluación individualizada y adaptada a cada caso. Además, cuanto más débil y vago sea el nexo con la propiedad dañada, menor será la certeza de que existe un derecho a indemnización. También se discute si una pérdida puramente económica que implique para el perjudicado la desaparición del derecho a disfrutar de un servicio público, pero que no le suponga una pérdida personal directa o una lesión a su derecho de propiedad, podría dar derecho a indemnización¹⁵¹. Las pérdidas estrictamente económicas, como las sufridas por un hotel, pueden ser indemnizables en Suecia y Finlandia, pero no en otras jurisdicciones¹⁵².

a) Daños al medio ambiente como tal o a los recursos naturales

131. El análisis de los diversos modelos de asignación de la pérdida que antecede revela que en general no existen razones para aceptar la responsabilidad por daños al medio ambiente como tal. No obstante esta limitación puede subsanarse parcialmente si existe un daño a personas o a bienes como consecuencia del daño al medio ambiente. Además, en el caso de los daños a recursos naturales o al medio ambiente,

¹⁴⁷ Véase Christophe Bernasconi, nota 102 *supra*, págs. 41 a 44.

¹⁴⁸ Thomas Schoenbaum, nota 142 *supra*, pág. 214 (nota 5).

¹⁴⁹ Christophe Bernasconi, nota 102 *supra*, pág. 17.

¹⁵⁰ Thomas Schoenbaum, nota 142 *supra*, pág. 214 (nota 6).

¹⁵¹ Peter Wetterstein, nota 145 *supra*, pág. 32.

¹⁵² Jan M. Van Dunne, "Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law —Common Law Split on Compensation of Non-Physical Damage in Tort Law", *Revue européenne de droit privé* 1999, págs. 397 a 428, citado en Christophe Bernasconi, nota 102 *supra*, pág. 24 (nota 108).

hay acuerdo en prever el derecho a la indemnización o al reembolso del costo de las medidas razonables y, en algunos casos, de las medidas aprobadas o autorizadas de prevención o respuesta y de restitución o reintegración. En algunas convenciones, esto se limita a las medidas *efectivamente* adoptadas, quedando excluido el lucro cesante debido al deterioro del medio ambiente¹⁵³. Algunos países, como los Estados Unidos de América, el Canadá, Italia, el Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Francia, y en cierta medida Alemania, cuentan a estos efectos con leyes especiales basadas en la doctrina de la responsabilidad objetiva¹⁵⁴. El criterio de lo ecológicamente razonable también ha sido incluido en muchos tratados internacionales. Además, varios contienen una definición de perjuicio y especifican las medidas de restablecimiento que reúnen los requisitos para la indemnización. Lo ecológicamente razonable o justificable se define en algunos casos como el conjunto de medidas que, el tribunal competente considera apropiadas y proporcionales teniendo en cuenta todas las circunstancias¹⁵⁵.

132. El objetivo no es devolver al ecosistema a su estado original, sino permitirle mantener sus funciones permanentes. No se prevé que en el proceso se hayan de efectuar gastos desproporcionadamente elevados en relación con los resultados deseados y debe haber una buena relación costo-eficacia. Con sujeción a estas consideraciones, si la recuperación o el restablecimiento del medio ambiente no son posibles, será razonable introducir el equivalente de tales elementos en el medio ambiente¹⁵⁶.

¹⁵³ Véanse la Convención de Lugano y otras convenciones a que se hace referencia más arriba.

¹⁵⁴ Véase Peter Wetterstein, nota 5 *supra*, pág. 48. En relación con la Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones) de 1980 y en la Oil Pollution Act (Ley sobre Contaminación por Hidrocarburos) de 1990, de los Estados Unidos de América, véase más arriba. Además, para un análisis de la misma cuestión y para un breve estudio del tratamiento de la protección ambiental en los ordenamientos jurídicos de diferentes países que resalte algunas de las diferencias que se aprecian entre ellos, véase Christophe Bernasconi, nota 102 *supra*, págs. 20 a 23 y 24 a 25. En el caso de Francia, los tribunales del país han interpretado el artículo 1348 del Código Civil, que originalmente se ocupaba únicamente de los casos excepcionales de responsabilidad por daños causados por cosas tales como animales o edificios, en el sentido de consagrar la responsabilidad sin culpa. Sin embargo, la normativa de la Federación de Rusia establece un régimen de responsabilidad basado en la w/pa. En cuanto al tema de la evaluación de los daños, en la Federación de Rusia existen índices fijos de indemnización que atribuyen a los diferentes elementos naturales un valor abstracto y específico, teniendo en cuenta su importancia ecológica y comercial. En los supuestos no previstos, se tendrían en cuenta los costos de la recuperación del medio ambiente a la hora de determinar los perjuicios económicos.

¹⁵⁵ El Protocolo de 1997 que enmienda la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se refiere a factores tales como:

- i) La naturaleza y magnitud de los daños sufridos o, en el caso de medidas preventivas, la naturaleza y magnitud del riesgo de que se produzcan tales daños;
- ii) En qué medida, en el momento en que sean adoptadas, existe la posibilidad de que dichas medidas sean eficaces;
- iii) Los conocimientos científicos y técnicos pertinentes.

La Corte de Casación de los Estados Unidos, en el caso *Commonwealth of Puerto Rico c. The S. S. Zoe Colocotroni*, 628 F.2d 652 (1980), declaró que la decisión de si el costo del restablecimiento era razonable dependía de factores tales como la viabilidad técnica, la capacidad del ecosistema para recuperarse de forma natural y los gastos necesarios para rehabilitar el medio ambiente afectado. Véase Wetterstein, nota 5 *supra*, párrs. 3 a 37, pág. 47.

¹⁵⁶ Para un análisis de la definición de medio ambiente y de los elementos indemnizables del daño al medio ambiente, véase Barboza, Undécimo informe sobre responsabilidad internacional, A/CN.4/468, párr. 28, pág. 12. Para una interesante exposición sobre el problema del perjuicio,

b) Medición de los daños

133. El caso Amoco Cádiz (1978)¹⁵⁷ ilustra la práctica de los tribunales a la hora de medir los perjuicios en caso de daños al medio ambiente. Francia y otros perjudicados presentaron una reclamación a la Corte de Distrito de los Estados Unidos de América por el vertido de un petrolero que causó graves daños a la costa de Bretaña. No se presentó una demanda sobre la base del Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por contaminación por hidrocarburos y el Convenio del Fondo porque Francia no era parte en el Convenio del Fondo en el momento del accidente. Además, el monto de la indemnización según el Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por contaminación por hidrocarburos era demasiado bajo (unos 77 millones de francos, una décima parte de la cantidad reclamada), y se entendió que era difícil persuadir al tribunal francés de la existencia de culpa y corresponsabilidad y de este modo hacer responsable al armador. Tampoco estaba claro si una sentencia francesa era ejecutable respecto de una compañía liberiana de pantalla, que no tenía activos en Francia. Por otra parte, resultaba improbable que la empresa matriz, Standard Oil of Indiana, admitiera voluntariamente compartir la responsabilidad¹⁵⁸. Los demandantes reclamaban 2.200 millones de dólares como indemnización por: a) las operaciones de limpieza realizadas por empleados públicos; b) los regalos hechos por las comunidades locales y el tiempo de los voluntarios; c) el costo del material y el equipamiento adquiridos para la limpieza; d) el costo de utilización de edificios públicos; e) la recuperación de costas y puertos; f) la pérdida de empleos; g) la pérdida de reputación e imagen pública de pueblos y ciudades; h) las reclamaciones individuales, e i) el daño ecológico.

134. El Tribunal concedió únicamente 85,2 millones de dólares. Con ello se cubrieron el costo de las operaciones de limpieza por parte de los empleados públicos, incluidos sus gastos de viaje; los costos de material y equipamiento, descontado el valor residual de los artículos adquiridos, y siempre que la adquisición hubiera sido razonable, que el equipamiento se hubiera utilizado efectivamente y que se hubiera probado el valor residual; el costo de la utilización de edificios públicos y varias reclamaciones individuales, incluidas las de hoteles, restaurantes, campings y otros negocios, aplicando como regla general la pérdida de los ingresos de un año. Las reclamaciones por pérdida de disfrute y una reclamación de la Unión de Asociaciones Familiares del Departamento fueron rechazadas sobre la base de que el derecho francés no las reconocía.

135. En cuanto al daño ecológico, el Tribunal no otorgó indemnización por daños a la biomasa, al conjunto de la vida marina y al fondo marino en la zona afectada, considerando que esta cuestión es compleja, vaga, especulativa, y se basa en una cadena de supuestos. El Tribunal también entendió que el daño había afectado a “res nullius” en relación con las cuales nadie tenía derecho a reclamar indemnización. También consideró que la indemnización por daños a ecosistemas quedaba cubierta por la indemnización a los pescadores y las asociaciones pesqueras basada en la

y las definiciones de daño, perjuicio, efectos adversos y evaluación del perjuicio, véase M. A. Fitzmaurice, *International Protection of the Environment*, *Recueil des Cours*, 2001, vol. 293, págs. 225 a 233.

¹⁵⁷ Para una explicación sobre el caso, véase Alexander Kiss and Dinah Shelton, nota 140 *supra*, págs. 355 y 356.

¹⁵⁸ Para una explicación, véase Emmanuel Fontaine, “The French Experience: ‘Tanio’ y ‘Amoco Cadiz’ Incidents Compared”, en Colin M. De La Rue (ed.), nota 80 *supra*, págs. 101 a 108, en la página 103.

reducción de sus capturas y sus beneficios correspondientes. En cambio, el Tribunal también cuenta los gastos efectuados por el Gobierno de Francia para introducir especies afectadas por la contaminación y sus secuelas.

136. A la postre, la experiencia del Amoco Cádiz no resultó demasiado beneficiosa para las víctimas. El litigio duró 13 años, los demandantes tuvieron que presentar engorrosas pruebas con el resultado de una reducción sustancial de la reclamación del Estado y una enorme reducción de las comunidades locales. Al final, las comunidades de Bretaña obtuvieron tan sólo una décima parte de la cantidad reclamada.

137. La experiencia del Amoco Cádiz parecía haber servido tan sólo para resaltar la importancia de un mecanismo de indemnización institucionalizado¹⁵⁹. Cabe hacer una comparación con el incidente del Tanio, que también contaminó la costa de la Bretaña tan sólo dos años después del incidente del Amoco Cádiz, el 7 de marzo de 1980. Para entonces había entrado en vigor la Convención del Fondo. Casi 100 demandantes presentaron reclamaciones al Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos por un total de 527 millones de francos. No se presentó reclamación alguna por daño ambiental, a fin de cumplir la política del Fondo. La reclamación del Estado francés se refería a los gastos del bombeo de petróleo desde el buque hundido, los de las operaciones de limpieza y recuperación y a las cantidades pagadas por el Estado a particulares a fin de indemnizar sus pérdidas. La reclamación alcanzaba el doble de la cantidad indemnizable según el Convenio internacional de responsabilidad civil por daños causados por contaminación por hidrocarburos y el Convenio del Fondo, 224 millones de francos, de los cuales 22 millones aparecían representados por el fondo de limitación de armadores.

138. Después de las negociaciones, y de conformidad con el acuerdo alcanzado, se determinó que había que pagar 348 millones de francos, y en los tres a cinco años posteriores al incidente se había satisfecho casi el 70% de dicha suma.

4. *Locus standi*

139. El principio del *locus standi* se basa generalmente en un derecho de propiedad o en un derecho protegido por la ley y, en el caso de daños a una propiedad pública, queda reservado a una autoridad gubernamental¹⁶⁰. En el *common law*, otra base legal es la doctrina del fideicomiso público, que se aplica más en los Estados Unidos de América que en otros países. En virtud de esa doctrina, el Estado se hace cargo de ciertos recursos naturales en calidad de fideicomisario para el beneficio de sus ciudadanos. En el derecho de los Estados Unidos, esto permite la intervención del Estado, e incluso de particulares, para proteger la flora y fauna y los recursos naturales¹⁶¹. Esa posibilidad se ve afianzada por la Ley sobre la contaminación por hidrocarburos de 1990 y otras leyes que, en la actualidad, permiten subsanar daños a recursos naturales: la Ley federal sobre la lucha contra la contaminación del agua o Ley sobre el agua salubre, y la Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones. Como se ha dicho antes, con arreglo a estas leyes, los fideicomisarios establecidos pueden presentar demandas por daños a los recursos naturales. El régimen vigente en Noruega concede a sociedades y organizaciones

¹⁵⁹ Véase Emmanuel Fontaine, *op. cit.*, pág. 104 y para los detalles sobre el incidente del Tanio.

¹⁶⁰ Peter Wetterstein, nota 5 *supra*, págs. 30 y 32.

¹⁶¹ Véase Schoenbaum, nota 142 *supra*, pág. 216, nota 30.

privadas el derecho a reclamar gastos de restauración¹⁶². La Convención sobre el acceso a la información, la participación pública en la adopción de decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales¹⁶³, adoptada en Aarhus en 1998, reconoce el derecho de las organizaciones no gubernamentales a actuar en defensa de intereses ambientales públicos. El artículo 2.5 de la Convención define como público interesado el que resulte afectado o pueda resultar afectado o tenga un interés que invocar.

140. El proyecto de una directiva de la Comisión Europea (véase la sección III.A.8 *supra*) también reconoce el derecho de ciertas organizaciones no gubernamentales reconocidas a presentar demandas en casos de daños ambientales.

5. Jurisdicción apropiada

141. En cuanto a la cuestión de la jurisdicción apropiada para resolver las demandas de indemnización, ésta puede corresponder bien al Estado de la parte lesionada o víctima o bien a los tribunales del Estado en cuyo territorio se haya producido la actividad causante de los daños. La práctica de los Estados en este tema no es uniforme. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América se aplica la doctrina del *forum non conveniens* y la decisión sobre cuál es el mejor foro recae en los tribunales. En el derecho de los Estados Unidos existe una cierta presunción de no contravenir la elección del demandante pero no se aplica de forma uniforme¹⁶⁴.

142. El principio de otorgar al demandante la elección del foro para el litigio de demandas relacionadas con daños transfronterizos tuvo una recepción más favorable en el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968. En el caso *Handelskwekerij G. J. Bier v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.* (1976), el Tribunal de Justicia Europeo sostuvo que el artículo 5.3 del Convenio, que confiere competencias “en materia de responsabilidad extracontractual delictual o cuasidelictual, [al] tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, se debía interpretar en el sentido de que la elección del foro entre el Estado donde se produjeron los daños y el Estado donde se realizó la actividad causante de los daños quedaba librada al demandante. En consecuencia, el Tribunal dictaminó que se debía entender que el artículo incluía ambos lugares y que la elección en cada caso particular se debía hacer teniendo en cuenta los intereses del demandante. Por lo tanto, en el caso en cuestión, el asunto se envió de nuevo al tribunal de Rotterdam para que fallara el fondo. Inicialmente, ese tribunal había destinado su jurisdicción en un caso de contaminación del río Rin causada por una compañía con sede en Francia. La compañía (Mines de Potasse d'Alsace) vertía 10.000 toneladas de cloruro al día en el río Rin en Francia y esto había causado daños en explotaciones hortícolas en los Países Bajos. Los demandantes de los Países Bajos querían presentar la demanda en su país y no en Francia¹⁶⁵.

143. En el caso *Oceanic Sun Line v. Fay*, el Tribunal Superior de Australia aplicó el principio de dificultad excesiva como el para determinar la inconveniencia del foro para el demandado. Un comentarista señaló que esta decisión hacía difícil que los residentes en Australia y las empresas de ese país pudieran evitar la jurisdicción

¹⁶² Peter Wetterstein, “Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany”, en M. Bowman y A. Boyle, nota 4 *supra*, págs. 223 a 242, en las páginas 237 y 242.

¹⁶³ Véase el texto en 38 *ILM* (1999)517.

¹⁶⁴ Véase Alexander Kiss y Dinah Shelton, nota 140 *supra*, pág. 365, nota 37.

¹⁶⁵ Para más información sobre el caso 21/76[1976] E.C.R. 1735, véase P. Sands, nota 60 *supra*, pág. 160.

local si un extranjero los demandase ante los tribunales australianos y añadió que “la posición del tribunal servía de incentivo para que las compañías con sede en Australia adoptaran en sus operaciones en el extranjero medidas de seguridad industrial y normas ambientales similares a las exigidas dentro del país”¹⁶⁶. Dos años después de la decisión en la causa *Oceanic Sun*, el Tribunal Superior de Australia fijó un criterio más estricto en la causa *Voth v. Manildra Flour Mills*¹⁶⁷ y sostuvo que, antes de que se pudiera interrumpir el procedimiento en razón del *forum non conveniens* para el demandado, primero había que demostrar que un tribunal australiano era “claramente inapropiado”. La solución relativamente exitosa de la causa *Ok Tedi, Dagi and Others v. BHP* dependía de cómo enfocara Australia el *forum non conveniens*¹⁶⁸.

144. Los efectos ambientales de la mina de *Ok Tedi* y el muy comentado juicio contra quienes la explotaban redefinieron una amplia variedad de cuestiones relacionadas con la extracción de recursos minerales. La participación en este proceso representó un momento crucial para la industria de la minería, el Estado, las partes interesadas no tradicionales, las organizaciones no gubernamentales nacionales y extranjeras, y los círculos académicos. La causa *Ok Tedi* se refería a los daños ambientales presuntamente causados por OTML (Ok Tedi Mine Limited), de la cual tenía el 60% la propiedad BHP (Broken Hill Proprietary Company), gran empresa minera australiana, en sus operaciones en las cuencas del Ok Tedi y del río Fly en Papua Nueva Guinea.

145. Al igual que en Bougainville, donde RTZ-CRA tenía una mina de cobre, la causa *Ok Tedi* se refería al vertido de desechos de una mina en los sistemas fluviales vecinos con consecuencias sociales y ambientales catastróficas. En ambos casos, el Gobierno de Papua Nueva Guinea hizo todo lo posible para privar a la población local de sus derechos. Australia había aprobado la mina en Bougainville cuando Papua Nueva Guinea era un protectorado y, al final, hubo una rebelión armada que provocó el cierre de la mina en 1989, dejando un enorme problema. Mientras que Bougainville acabó en una rebelión armada y el cierre forzoso de la mina, la causa *Ok Tedi* se resolvió de forma más o menos pacífica cuando un tribunal de Australia aceptó conocer de la causa. Este caso es un ejemplo de gran importancia de elección del derecho en relación con un daño transfronterizo.

146. En la causa *Ok Tedi*, dado que el Gobierno de Papua Nueva Guinea básicamente había negado a los residentes de los pueblos de la zona el acceso a la justicia nacional, se recurrió al Tribunal Superior de Victoria (Australia), donde BHP tenía su sede. Primero se entablaron cuatro demandas contra BHP en Melbourne, en nombre de Rex Dagi, John Shackles, Baat Ambetu y Alex Maun (en representación de tres clanes y 73 personas) y Daru Fish Supplies Pty Ltd. (una compañía pesquera comercial). Luego, las demandas de los restantes 500 clanes se presentaron en el Tribunal Nacional de Papua Nueva Guinea. En todo momento, BHP adujo que había actuado con arreglo a la ley, con autorización del Gobierno de Papua Nueva Guinea y en virtud de los diversos contratos y licencias que había recibido.

¹⁶⁶ P. Prince “Bhopal, Bougainville and *Ok Tedi*: why Australia’s *Forum Non Conveniens* Approach is Better” 47 ICLQ (1998), págs. 573 a 574.

¹⁶⁷ *Voth v. Manildra Flour Mills* (1990) 171 CLR 538.

¹⁶⁸ *Dagi and Others v. BHP*, Tribunal Superior de Victoria, Byrne J., 22 de septiembre de 1995, no publicado. Se puede leer un excelente resumen de este caso y sus repercusiones en <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v4n2/hunt42.html>, párrs. 94 y ss.

147. El Tribunal sostuvo que “con arreglo al *common law*, el Tribunal no debe conocer de una demanda que se refiera básicamente a derechos, ya sean de posesión o propiedad, sobre terrenos en el extranjero, puesto que esos derechos corresponden al derecho del lugar donde se sitúan los terrenos y sólo pueden quedar sin efecto por decisión de los tribunales de ese lugar”. En consecuencia, el juez Byrne dictaminó que la demanda por daños basada en la intrusión de los demandados no podía ser interpuesta en Victoria. No obstante, decidió que podía seguir adelante la demanda por daños causados por negligencia a todo lo que no fuesen los terrenos. Byrne llegó a la conclusión de que la base de la demanda por negligencia era la pérdida del goce o disfrute del terreno por parte de los demandantes y que dicha pérdida no estaba basada en la posesión o propiedad del terreno.

148. En vista de las causas *Oceanic Sun* y *Voth*, BHP no sostuvo que el tribunal tuviese que declinar su jurisdicción en razón del *forum non conveniens*. Esto significaba que BHP no podía soslayar la aplicación de las normas legales australianas en sus operaciones mineras. En el acuerdo negociado resultante se aplicaron normas ambientales australianas más estrictas para determinar las medidas correctivas que BHP debía tomar y otras indemnizaciones, que incluyeron el pago de 400 millones de dólares de Australia para la construcción de un sistema de contención de escorias y de hasta 150 millones de dólares como indemnización por daños ambientales¹⁶⁹. Aunque ha habido algunas cuestiones ulteriores relacionadas con el proceso y el acuerdo, queda demostrado que se puede recurrir eficazmente al derecho en esos casos, en particular cuando existen consideraciones de tipo político que dificultan la indemnización en países menos adelantados y ricos en recursos. No obstante, el asunto volvió a los tribunales en 1997 en un proceso que recogió el espíritu del artículo 2 del Convenio de 1993 sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente¹⁷⁰ y corroboró “la creciente liberalización con respecto al reconocimiento de nuevas formas de daños que dan lugar a indemnización”¹⁷¹.

149. La posición de Australia en la causa *Ok Tedi* aduciendo un “foro claramente inapropiado”, contrasta con la del “foro más conveniente” adoptada por los Estados Unidos y, más tarde, por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y que, en el caso de los Estados Unidos, se basa fundamentalmente en la causa *Piper Aircraft*¹⁷².

¹⁶⁹ P. Prince, nota 166 *supra*, pág. 595.

¹⁷⁰ 32 *ILM* (1993) 1228.

¹⁷¹ Bowman, M., “Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and Valuation of Environmental Harm” en M. Bowman, y A. Boyle, nota 4 *supra*, págs. 41 a 61, pág. 42. Véase también *Dagi v. Broken Hill Proprietary* [1997] VR 428, citado en, *ibíd.*, nota 5.

¹⁷² *Piper Aircraft Co v. Reyno*, 454 US 235 (1981). Refiriéndose al litigio de Bhopal, entre otros, Prince afirma que la posición de los Estados Unidos discrimina claramente a favor de los litigantes nacionales al poner obstáculos injustos a los litigantes extranjeros que quieran demandar a compañías estadounidenses en los Estados Unidos. En claro contraste con la posición positiva de Australia en la causa *Ok Tedi*, se puede observar que las leyes de los Estados Unidos permiten a sus multinacionales eludir las normas jurídicas estadounidenses en sus operaciones en el extranjero. Prince sostenía que si se hubiera aplicado la posición australiana al caso de Bhopal habría sido muy difícil que el tribunal aceptara que la empresa matriz no tenía que asumir, en todo o en parte la responsabilidad por el desastre. Ciertamente, si el caso se hubiera decidido en los Estados Unidos, se habrían presentado aún ciertas cuestiones complejas —como hasta qué punto una empresa matriz debería ser responsable por una filial extranjera— pero también es muy probable que se hubiera llegado a un resultado bastante más justo. Véase P. Prince, nota 166 *supra*.

III. Conclusiones y propuestas para su consideración

150. El estudio de los regímenes de responsabilidad pone de manifiesto que existen cuestiones legales complejas que sólo se pueden resolver en el contexto del fondo de cada caso. Su solución también depende de la jurisdicción en la que se acepte el caso y del derecho aplicable. Es posible negociar disposiciones específicas de tratados para fijar el régimen legal aplicable a una actividad. Sin embargo, no se han podido sacar conclusiones generales sobre el régimen de responsabilidad civil. Ese cometido, si se considerara necesario, correspondería a los foros que se encargan de la armonización y el desarrollo progresivo del derecho internacional privado.

151. Igualmente, hemos pasado revista a diversos modelos de responsabilidad civil y sistemas de indemnización recientes y bien establecidos. Estos modelos demuestran con toda claridad que los Estados tienen la obligación de cerciorarse de que exista algún tipo de disposición que garantice una asignación equitativa de la pérdida. Si bien los regímenes muestran elementos comunes, también hacen patente que cada uno está diseñado a la medida de su contexto específico. Eso no quiere decir que en todos los casos la mejor forma de cumplir esa obligación sea la negociación de un convenio de responsabilidad civil, y mucho menos uno basado en un determinado conjunto de elementos. Se podría cumplir de igual modo, si se considera apropiado, como en el derecho de la Comunidad Europea, permitiendo la elección del foro para que el demandante interponga la demanda en la jurisdicción más favorable o negociando un acuerdo especial, como en el litigio relativo a Bhopal.

152. Es más, dada la necesidad de dar a los Estados suficiente flexibilidad para elaborar regímenes de responsabilidad civil adecuados a sus necesidades específicas, el modelo de asignación de la pérdida que la Comisión tal vez desee hacer suyo debe ser al mismo tiempo general y supletorio.

153. En la elaboración de este modelo, y teniendo en cuenta parte de la labor previa de la Comisión sobre el tema, se presentan las siguientes propuestas para su consideración:

a) El régimen que se recomiende deberá entenderse sin perjuicio de las demandas interpuestas con arreglo a la definición de responsabilidad civil en el derecho nacional de los recursos disponibles en el plano nacional o en el derecho internacional privado. En el caso de daños transfronterizos, el modelo de asignación de la pérdida a diferentes agentes no tiene que estar basado necesariamente en un sistema de responsabilidad civil, como el de la responsabilidad objetiva o la responsabilidad basada en la culpa;

b) Podemos hacer nuestra la recomendación del Grupo de Trabajo de la Comisión en 2002 de que dicho régimen debería existir sin perjuicio de la posibilidad de interponer demandas de conformidad con el derecho internacional y en particular con el relativo a la responsabilidad de los Estados;

c) El alcance de la cuestión para los efectos del régimen actual de asignación debería ser el mismo que el aprobado para los proyectos de artículo sobre la prevención. En el estudio de los diversos regímenes de responsabilidad e indemnización queda claro que todos contemplan ciertos umbrales como base para la aplicación del régimen. En consecuencia, se sugiere que se apruebe el mismo umbral de daño sensible definido y acordado en el contexto de los proyectos de artículo sobre la prevención. No es ni eficaz ni conveniente reabrir la discusión sobre este punto;

d) Los diversos modelos de responsabilidad e indemnización también han confirmado que la responsabilidad del Estado es una excepción y que se acepta sólo en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre. Por consiguiente, la responsabilidad y la obligación de indemnizar deben recaer, en primer lugar, en quien más control ejerciera sobre la actividad en el momento en que ocurrió el accidente o incidente. De este modo, no tiene por que ser siempre el operador de una instalación o de una actividad de riesgo;

e) La responsabilidad de la persona al mando de una actividad peligrosa o en control de ella puede hacerse valer una vez que se haya establecido de forma razonable la existencia de una relación entre el daño causado y la actividad en cuestión. Debemos señalar que existen opiniones que sostienen que la responsabilidad debería depender de la clara comprobación de la conexión causal entre el daño y la actividad. Dada la complicada naturaleza de las actividades peligrosas, tanto desde el punto de vista científico como del tecnológico, y el carácter transfronterizo del daño causado, se cree que el criterio del carácter razonable sería el más adecuado. Sin embargo, ese criterio puede quedar sin efecto, por ejemplo, cuando el daño pueda ser resultado de más de una causa o cuando existan otras causas que puedan haber causado el daño y que escapen al control de la persona al mando y control de la actividad;

f) Cuando el daño es resultado de más de una actividad y se puede establecer un nexo razonable con cada una de ellas pero no es posible separarla con certeza, la responsabilidad puede ser solidaria¹⁷³ o se puede repartir equitativamente, o bien esta opción puede quedar librada a los Estados para que decidan de acuerdo con su derecho y sus prácticas nacionales;

g) La responsabilidad limitada se debe complementar con mecanismos de financiación adicional. Dichos fondos pueden proceder de contribuciones de los principales beneficiarios de la actividad o del mismo tipo de empresas o de reservas estatales especiales;

h) El Estado, además de su obligación de reservar fondos nacionales, debe también asumir la responsabilidad de establecer regímenes adecuados con el objetivo específico de hacer frente a los problemas relacionados con daños transfronterizos. Dichos regímenes deben contemplar la protección de sus ciudadanos contra posibles riesgos de daños transfronterizos; la prevención para que los daños causados por actividades dentro de su territorio no se extiendan a otros Estados; la institución de medidas de contingencia y otras medidas de preparación y la puesta en marcha de las necesarias medidas de respuesta una vez que el daño se ha producido;

¹⁷³ Para un análisis de la responsabilidad conjunta y solidaria, véase Bergkamp, nota 5 *supra*, págs. 298 a 306. Ésta se aplica generalmente en situaciones donde una acción conjunta de los acusados o una acción concertada es la responsable del daño. También se impone en los casos donde las acciones independientes de dos o más demandados causan un daño único e indivisible. Otra posibilidad es que dichas acciones causen un daño “prácticamente” indivisible. También se impone cuando una acción simple o dos acciones independientes causan proporciones diferentes del daño que combinadas corresponden a un daño único. En opinión del autor, “la responsabilidad solidaria se debe aplicar sólo en un número limitado de situaciones. Las reglas de la responsabilidad solidaria se deben usar poco porque conllevan ciertas desventajas, como la injusticia, la ‘disuasión excesiva’, los problemas de asegurabilidad, incertidumbre y altos costos administrativos”. La industria rechaza esta idea en la misma medida que las víctimas la prefieren por lo que es necesario encontrar un punto medio.

i) El Estado también debe asegurarse de que exista en su sistema jurídico un recurso, de conformidad con las normas internacionales que se van desarrollando¹⁷⁴, para lograr la rápida y equitativa indemnización y reparación a las víctimas de daños transfronterizos;

j) Como hemos visto antes, la definición de daños que da lugar a indemnización no es una cuestión que esté claramente resuelta. Los daños a personas y propiedades son generalmente indemnizables. En la actualidad, se reconoce también la indemnización por daños al medio ambiente o a los recursos naturales bajo la jurisdicción del Estado o en zonas bajo su control. Sin embargo, la indemnización en estos casos se limita a los gastos efectivamente realizados en medidas de respuesta a incidentes y de prevención, así como en medidas para establecer la situación anterior. Dichas medidas deben ser razonables o autorizadas por el Estado o estar previstas en su derecho interno o ser calificadas de tales por un tribunal de justicia. Los gastos se pueden considerar razonables si son proporcionales a los resultados obtenidos u obtenibles de acuerdo con los conocimientos científicos y los medios técnicos de que se dispone. Cuando el restablecimiento efectivo del medio ambiente o de los recursos naturales dañados no sea posible, se pueden reembolsar los gastos que entrañe la introducción de elementos equivalentes;

k) No se considera que los daños al medio ambiente que por sí mismos no causen daños directos a la posesión o propiedad de particulares o del Estado den lugar a indemnización. Del mismo modo, no es probable que se indemnicen el lucro cesante o la pérdida de turismo que se produzcan como consecuencia de daños ambientales.

¹⁷⁴ La necesidad de desarrollar soluciones jurídicas para daños transfronterizos de conformidad con las normas internacionales fue el tema de los proyectos de artículo sobre recursos para daños transfronterizos en los cursos de agua internacionales que se discutieron en 1996 en la reunión de Helsinki de la Asociación de Derecho Internacional. Véase K. W. Cuperus y A. E. Boyle, "Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses", el informe de la 67ª Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (1996), Londres, págs. 403 a 411. Véase también Harald Hohmann, "Articles on Cross-Media Pollution Resulting From the Use of the waters of an International Drainage Basin", *ibid.*, págs 411 a 414. Para un análisis del tema, véanse las páginas 419 a 425.