



Asamblea General

Distr. general
5 de mayo de 1999
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

51º período de sesiones

Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1999

Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)

**Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator
Especial**

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Cuestiones planteadas en el informe de la Comisión de Derecho Internacional correspondiente a 1998	1	2
II. Opiniones expresadas por Estados Miembros en el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General	2-17	2
III. Cumplimiento de la obligación de diligencia debida	18-49	6
A. El concepto de diligencia debida: algunas características destacadas . . .	18-34	6
B. Algunas reflexiones acerca del cumplimiento de la obligación de diligencia debida	35-49	12
IV. Planteamiento del tema de la responsabilidad internacional	50-66	17

A.	La labor de la Comisión de Derecho Internacional	50-59	17
B.	Estado de las negociaciones en curso acerca de la responsabilidad internacional	60-66	21
V.	Futuro seguimiento del tema de la responsabilidad: opciones	67-72	25

I. Cuestiones planteadas en el informe de la Comisión de Derecho Internacional correspondiente a 1998

1. En relación con el tema de la responsabilidad internacional, la Comisión de Derecho Internacional presentó a la Asamblea General en su quincuagésimo tercer período de sesiones (1998) una serie completa de artículos del proyecto relativo a la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas y observaciones al respecto, además de plantear las siguientes interrogantes para que los Estados formularan sus observaciones¹:

- 1) La obligación de prevención, ¿debe considerarse una obligación de comportamiento? o ¿debe el incumplimiento quedar sujeto a las consecuencias del caso con arreglo al derecho de la responsabilidad del Estado o de la responsabilidad civil o a ambos cuando están involucrados el Estado de origen y quienes realicen la actividad? Si la respuesta a esta última interrogante es afirmativa, ¿qué tipos de consecuencias son procedentes o aplicables?
- 2) ¿Qué forma debe revestir el proyecto de artículos, una convención, una convención marco o una ley modelo?
- 3) ¿Qué tipo o forma de procedimiento de arreglo de controversias es el más apropiado para las demandas de la aplicación e interpretación del proyecto de artículos?

II. Opiniones expresadas por Estados Miembros en el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General

2. Varias delegaciones que participaban en el debate de la Sexta Comisión sobre el informe de la Comisión de Derecho Internacional trataron de dar respuesta a esas interrogantes y a continuación figura una reseña de sus observaciones.

3. La cuestión de si el incumplimiento de la obligación de diligencia debida tenía que entrañar consecuencias jurídicas suscitó respuestas discrepantes. China observó que el incumplimiento de la obligación de diligencia debida no entrañaría responsabilidad cuando no hubiera daño. Sin embargo, una vez producido un daño, podría haber responsabilidad del Estado, responsabilidad civil o ambas. Cuando un Estado cumplía su obligación de diligencia debida y, a pesar de ello, se producía un daño, quien realizaba la actividad debía pagar y aceptar la responsabilidad².

4. El incumplimiento de la obligación de diligencia debida, según el Reino Unido y Austria podría dar lugar a consecuencias en materia de responsabilidad del Estado³. El Japón observó que la obligación de prevención era de comportamiento y no de resultado y que su incumplimiento quedaba comprendido en el ámbito de la responsabilidad del Estado. Había que hacer una distinción entre la responsabilidad internacional por el daño transfronterizo sensible y la responsabilidad del Estado, por más que en

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/53/10)*, párrs. 31 a 34.

² A/C.6/53/SR.14, párr. 43.

³ *Ibíd.*, párr. 7 (Reino Unido) y A/C.6/53/SR.15, párr. 6 (Austria).

algunos casos ese daño pudiese imputarse en parte al incumplimiento de la obligación de prevención⁴.

5. A juicio de la República Unida de Tanzania y de Mongolia, suscitaba preocupación e incluso perplejidad considerar que el deber de prevención era una cuestión distinta de la de la responsabilidad, ya que era difícil prever consecuencias jurídicas cuando no hubiese daño⁵. Según Suiza y Grecia, se necesitaba más tiempo para reflexionar sobre el problema⁶. A juicio de Alemania, en la etapa actual era difícil dar respuesta a todas las preguntas formuladas por la Comisión a los gobiernos y la Comisión debía actuar con cautela en este contexto. Alemania insistió también en que había que estudiar las normas y los acontecimientos en el ámbito de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. A este respecto, hizo referencia al artículo 6 del proyecto, que ponía de manifiesto que éste debía entenderse sin perjuicio de la existencia, la aplicación o la vigencia de cualesquier otras normas de derecho internacional⁷.

6. Según Guatemala y Mongolia, no era posible evitar que la cuestión de la responsabilidad reapareciera en el proyecto de artículos. Se señaló que, según el régimen propuesto por la Comisión de Derecho Internacional, el incumplimiento de las obligaciones de comportamiento propuestas entrañaría la responsabilidad de un Estado respecto del Estado perjudicado⁸. Guatemala consideraba, sin embargo, que esa responsabilidad era distinta de aquella a la que se refería el texto original en el sentido de que el Estado de origen no cometía un acto no prohibido por el derecho internacional sino un acto prohibido por el derecho internacional⁹. Se señaló que, en la versión anterior del proyecto de artículos, un Estado podía a la vez ser responsable y quedar obligado a resarcir; era responsable si causaba un daño a otro Estado a pesar de haber cumplido sus obligaciones de prevención y quedaba obligado a resarcir si no la había cumplido y el daño obedecía exclusivamente a ese incumplimiento.

7. Varias delegaciones insistieron también en que la Comisión no debía perder de vista la tarea concebida inicialmente de formular normas sobre la responsabilidad propiamente dicha¹⁰. México mencionó las siguientes razones en apoyo de esa opinión. En primer lugar, de lo contrario se correría el riesgo de debilitar el cumplimiento de las obligaciones de comportamiento. Si era mejor prevenir que curar, era indispensable establecer normas que regulasen las consecuencias del incumplimiento, se causaran o no daños. En segundo lugar, se separarían cuestiones que debían examinarse conjuntamente. Al determinar las consecuencias del incumplimiento, había que estudiar también los efectos en caso de daño. La separación surtía también el efecto de determinar las consecuencias de la responsabilidad en consecuencia de que la intención era que la Comisión se ocupase exclusivamente de la prevención y, con ello, se

⁴ A/C.6/53/SR.14, párr. 18.

⁵ A/C.6/53/SR.13, párr. 59 (República Unida de Tanzania) y A/C.6/53/SR.15, párr. 40 (Mongolia).

⁶ A/C.6/53/SR.13, párr. 67 (Suiza) y A/C.6/53/SR.22, párr. 43 (Grecia).

⁷ A/C.6/53/SR.15, párr. 70.

⁸ A/C.6/53/SR.13, párr. 53 (Guatemala) y A/C.6/53/SR.15, párr. 40 (Mongolia).

⁹ A/C.6/53/SR.13, párr. 53.

¹⁰ A/C.6/53/SR.15, párr. 7 (Austria); A/C.6/53/SR.16, párr. 44 (Nueva Zelanda); A/C.6/53/SR.17, párr. 1 (Suecia, en nombre de los países nórdicos); A/C.6/53/SR.18, párr. 42 (Libia); A/C.6/53/SR.18, párr. 50 (Cuba); A/C.6/53/SR.20, párr. 28 (Portugal); A/C.6/53/SR.21, párr. 12 (Bahrein); A/C.6/53/SR.22, párrs. 22 y 23 (Sri Lanka) y A/C.6/53/SR.17, párr. 44 (Secretario General de la CCJAA).

desvirtuaba la decisión adoptada en el 49º período de sesiones en el sentido de examinar la prevención independientemente de la responsabilidad¹¹.

8. Chile propuso que se vinculase la idea de la prevención a las obligaciones de respuesta y rehabilitación, que también deberían regir para quien llevara a cabo la actividad. Además, el incumplimiento de esas obligaciones debía dar lugar a responsabilidad internacional, con independencia del daño que se causase. Al mismo tiempo, había que tener en cuenta la magnitud del daño al evaluar la responsabilidad. Según esta opinión, era importante que el operador estuviese sujeto de manera más directa a un régimen de responsabilidad al igual que el Estado, las empresas de seguros, los fondos especiales y las demás instancias¹². Bulgaria y Bahrein compartían esa opinión¹³ pero Austria discrepaba; habida cuenta de que el deber de prevención estaba expresado en la forma de obligaciones de los Estados, Austria consideraba que no era necesario que la Comisión examinase en ningún contexto cuestiones relativas a la responsabilidad civil del operador privado¹⁴.

9. Según los Estados Unidos de América, era dudoso que el proyecto de artículos pudiese aplicarse efectivamente en los Estados federales, en los que la autoridad reguladora estaba compartida, ya que se parecía haber partido de la premisa de la existencia de un Estado muy centralizado con amplias facultades reguladoras¹⁵.

10. Según Israel, en los casos en que estuviese involucrado un operador privado, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil no protegerían adecuadamente los intereses ambientales legítimos. El deber de prevención, por lo tanto, debía considerarse una obligación de comportamiento inspirada en un código de conducta detallado y universalmente aplicable que comprendiera los principios ya incorporados en los convenios internacionales vigentes sobre medio ambiente y otras cuestiones conexas¹⁶.

11. La delegación de la República Checa se explayó sobre la cuestión de las consecuencias jurídicas y observó que, si el daño tenía lugar como resultado del incumplimiento de una obligación de prevención o de otras obligaciones del Estado de origen, éste incurría en responsabilidad internacional y tenía que resarcir plenamente, a condición de que se pudiera establecer la relación de causalidad entre el acto o la omisión ilícito y el daño. Cuando fuera difícil establecer esa relación de causalidad, la situación resultante podría muchas veces ser similar a la que se produciría cuando el incumplimiento de una obligación no entrañaba un daño material ni moral. En ese caso, la responsabilidad entrañaría simplemente la obligación de poner término al comportamiento ilícito y, tal vez, algún tipo de reparación. Sin embargo, estas cuestiones no debían examinarse en el marco de la prevención sino el del tema de la responsabilidad del Estado. Si no se cumplía una obligación pero no se causaba un daño, en términos estrictos todavía quedaba un margen para la responsabilidad del

¹¹ A/C.6/53/SR.16, párr. 6.

¹² A/C.6/53/SR.14, párrs. 25 y 28.

¹³ A/C.6/53/SR.16, párr. 24 (Bulgaria); A/C.6/53/SR.21, párr. 12 (Bahrein).

¹⁴ A/C.6/53/SR.15, párr. 6.

¹⁵ A/C.6/53/SR.14, párr. 44. Véase también Julian Reed en Nicole Duple, ed., *Le droit à la qualité de l'environnement: un droit en devenir, un droit à définir* (Quebec, 1988), págs. 357 a 368; François Chevrette, "Fédéralisme et protection de l'environnement", en *ibíd.*, págs. 339 a 356; Jean Piette, "L'harmonisation des politiques et des normes fédérales et provinciales et la coopération intergouvernementale", en *ibíd.*, págs. 371 a 379.

¹⁶ A/C.6/53/SR.15, párr. 19.

Estado, que en varios ordenamientos jurídicos nacionales estaba definida en términos más generales que el concepto de responsabilidad¹⁷.

12. Según la Argentina, era importante aclarar y establecer cuáles serán las consecuencias según el derecho internacional en los casos en que se producía un daño transfronterizo sensible, aun cuando el Estado de origen hubiese observado todas las normas de prevención. Por la naturaleza peculiar que tenía la obligación de reparar en esos casos, se señaló que las normas que la regulaban debían responder a ciertos principios complementarios de los que orientaban la responsabilidad por el hecho ilícito. En los casos de responsabilidad en sentido estricto, ni siquiera el pleno cumplimiento de la diligencia debida constituiría una eximente responsabilidad¹⁸.

13. Según Bangladesh, el principio de la diligencia debida tenía un elemento objetivo, que se podía atribuir al hecho de que las actividades peligrosas portaban, por así decirlo, las semillas de sus propias consecuencias físicas, que podían preverse con cierto grado de seguridad y precisión. En ese sentido, el “resultado” definía el ejercicio de la diligencia, si bien podía consistir en una “obligación de comportamiento”. Se destacó que los principios que regían la responsabilidad no eran idénticos a los que regían la valoración del daño. En consecuencia, una mayor tolerancia en los países en desarrollo no suponía un umbral de responsabilidad más alto, sino sólo la posibilidad de que la valoración del daño fuera menor. Si un Estado permitía actividades peligrosas en su territorio, cabía presumir que podía hacerse cargo de las posibles consecuencias de esas actividades. Por lo tanto, esa presunción valía cualquiera que fuese el grado de desarrollo económico de un Estado¹⁹.

14. Argelia consideraba también que, si bien el derecho internacional creaba obligaciones para los Estados cuyas actividades causaban daños al medio ambiente de otros Estados, de todas maneras en lo tocante al pago de una indemnización por daños y perjuicios había que tener en cuenta la situación concreta de los países en desarrollo, que eran los más expuestos a ese respecto²⁰.

15. Italia, apoyando el concepto de la prevención como obligación de comportamiento, señaló que el proyecto de artículos no debía prever sanciones en los casos en que los Estados no cumplieran con su obligación de prevención, hubiese o no habido un daño transfronterizo. A su juicio, el objetivo del sistema jurídico internacional consistía no en sancionar las transgresiones sino en rectificarlas. Habida cuenta de que la obligación de prevención se aplicaba concretamente al daño transfronterizo y por lo tanto, implícitamente, a las transgresiones de la soberanía de otro Estado, en los casos en que no hubiese habido transgresión no se justificaba imponer sanciones²¹.

16. A juicio de la India, China, Cuba y Egipto, el concepto de prevención propuesto por la Comisión no lo dejaba suficientemente comprendido en el ámbito más amplio del desarrollo sostenible, de manera de dar la debida e igual ponderación a las consideraciones de medio ambiente y de desarrollo. Se señaló también que debía haberse considerado que había otros varios principios importantes que guardaban relación con el concepto de prevención. Además, no debía sancionarse el incumplimiento de las obligaciones de un Estado o de un empresario que, por más que estuviera

¹⁷ A/C.6/53/SR.15, párrs. 61 y 62 (República Checa). Véase también A/C.6/53/SR.16, párrs. 47 y 48 (Nueva Zelanda); A/C.6/53/SR.17, párr. 33 (Nigeria); A/C.6/53/SR.29, párr. 7 (Irán).

¹⁸ A/C.6/53/SR.15, párr. 94.

¹⁹ A/C.6/53/SR.16, párrs. 4 y 5.

²⁰ A/C.6/53/SR.20, párr. 63.

²¹ A/C.6/53/SR.15, párrs. 68 y 69.

dispuesto a cumplir, careciere de la capacidad para hacerlo. En apoyo de esta posición se mencionaron las diferencias entre los grados de desarrollo económico y tecnológico de un Estado y la escasez de recursos financieros y de otra índole en los países en desarrollo. Se observó además que el concepto de diligencia debida no se prestaba a la codificación²².

17. Teniendo en cuenta los debates en la Sexta Comisión, los párrafos siguientes se referirán, en primer lugar, a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de prevención y, en segundo lugar, a la línea de acción por la que puede optar la Comisión respecto del tema de la responsabilidad.

III. Cumplimiento de la obligación de diligencia debida

A. El concepto de diligencia debida: algunas características destacadas

18. El deber de prevención, que constituye una obligación de comportamiento, se considera esencialmente una obligación de diligencia debida. Cualquier cuestión relativa a la aplicación o el cumplimiento de la obligación de prevención tendrá que referirse necesariamente a su contenido y, por lo tanto, al grado de diligencia con que deberían actuar los Estados.

19. El concepto de diligencia debida, que quedó bien establecido en el derecho internacional después de la guerra civil de los Estados Unidos y, en particular, tras la causa relativa al *Alabama*²³, ha suscitado distintas interpretaciones en cuanto al grado de cuidado que debe exigirse. Por ejemplo, en ese caso, Gran Bretaña instó a que se hiciera una interpretación restrictiva de la diligencia debida, según la cual la falta de esa diligencia significaba que, para prevenir un hecho que el gobierno tenía que tratar de prevenir, no se había obrado con el cuidado con que ordinariamente lo hacían los gobiernos en sus asuntos internos y que cabría razonablemente esperar que lo hicieran tratándose de cuestiones de interés internacional y en que estuviera en juego una obligación internacional. Los Estados Unidos, sin embargo, que eran el demandante en la causa, eran partidarios de un criterio más activo para la diligencia que fuese comparable con la magnitud de los resultados de la negligencia. El fallo recogió el criterio para la diligencia debida que propugnaban los Estados Unidos²⁴.

²² A/C.6/53/SR.15, párrs. 85 y 86 y 91 (India); A/C.6/53/SR.14, párr. 42 (China); A/C.6/53/SR.18, párr. 51 (Cuba) y A/C.6/53/SR.22 (Egipto).

The Geneva Arbitration (The Alabama case), en J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I (Washington, D.C., Government Printing Office, 1898), pág. 495.

Véase una relación de las posiciones del Reino Unido y de los Estados Unidos en el asunto relativo al *Alabama* en Horst Blomeyer-Bartenstein, "Due Diligence", en R. Bernhardt, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10 (Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1987), págs. 138 y 139. Max Huber observó en el asunto relativo a las reivindicaciones de la zona española de Marruecos (Gran Bretaña/España) que era atributo natural de un gobierno ejercer un grado mínimo de vigilancia en la infraestructura y las actividades en su territorio. Agregaba que el grado de diligencia que debía ejercerse en un caso concreto dependía de los medios disponibles, cuya utilización dependía de las circunstancias del caso y de la índole de los intereses que había que proteger (Naciones Unidas, *Reports of International Arbitral Awards*, pág. 644). La Cámara de los Lores del Reino Unido tuvo ocasión de referirse a los criterios aplicables a la diligencia debida en la causa *Donoghue c. Stevenson*. Se señaló que había que actuar con un cuidado razonable para evitar actos u omisiones que, según cupiera razonablemente prever, pudieran causar daños a un vecino (véase [1932] A.C., pág. 580 (H.L. (Sc))).

20. La aplicación del criterio de la diligencia debida se planteó también en relación con la responsabilidad del Estado por actos de particulares en tiempos de paz que entrañaban un comportamiento indebido de sus órganos, esto es, la falta de diligencia debida para prevenir y reprimir actos perpetrados por particulares. En este contexto, el comentario del artículo 10 del proyecto de la Harvard Law School de 1929 señalaba que:

“La expresión diligencia debida entraña ... la jurisdicción para adoptar medidas de prevención, así como la oportunidad de que el Estado tome medidas en caso de tener conocimiento de un daño inminente o de circunstancias que justifiquen la expectativa de un daño probable.”²⁵

Se dejó también en claro que la diligencia debida era un criterio y no una definición²⁶.

21. Según García Amador, el Primer Relator Especial para el tema de la responsabilidad del Estado, la diligencia debida entrañaba el cuidado debido en la adopción de las medidas que normalmente se adoptarían en las circunstancias especiales del caso, la previsibilidad de los actos lesivos y la posibilidad de impedir su comisión con los recursos disponibles en el Estado, el ejercicio necesario de la autoridad para aprehender a quienes hubiesen cometido actos lesivos y el hecho de dar al extranjero la oportunidad de interponer una acción contra esas personas²⁷. Señalaba también que:

“Existe la opinión casi unánime en el sentido de que el criterio de la “diligencia debida” no admite una definición clara y precisa, que permita determinar objetiva y exactamente que un Estado ha sido “diligente” en el desempeño de sus funciones de vigilancia y protección.”²⁸

22. El principio de la diligencia debida se tuvo en cuenta también en el contexto de la labor de la Comisión de Derecho Internacional relativa a los cursos de aguas internacionales. Se hizo referencia concreta a la cuestión por primera vez en el cuarto informe de McCaffrey que, en relación con el artículo 16 del proyecto, relativo a la contaminación de recursos de aguas internacionales, señalaba que la obligación de diligencia debida no tenía que interpretarse en el sentido de tener como resultado la

Harvard Research in International Law, “The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *American Journal of International Law*, vol. 23 (1929) (Suppl.), pág. 187.

Ibíd.

Anuario ... 1961, vol. II, pág. 46, artículo 7 del proyecto, documento A/CN.4/134, adición.

Anuario ... 1957, vol. II, pág. 122, párr. 7) del comentario del artículo 12, documento A/CN.4/106. Sin embargo, cuando se amplió el tema de la responsabilidad de los Estados para abarcar más principios generales, la Comisión decidió limitar estrictamente el proyecto de artículos al establecimiento de normas secundarias. De esta manera, la diligencia debida se consideraba un elemento de una obligación, esto es, una norma primaria, y quedaba por lo tanto excluida del proyecto. Incluso se suprimió una referencia más indirecta al concepto de diligencia debida que había hecho el Relator Especial, Sr. Ago, en el párrafo 2 del artículo 11 de su proyecto (*Anuario ... 1972*, vol. II, pág. 126, documento A/CN.4/264 y Add.1). El artículo aprobado en 1979 había sido redactado básicamente en la forma de una cláusula de descargo. Además, los artículos del proyecto relativos a la responsabilidad del Estado no incluían el elemento de culpa y la ilicitud del hecho internacional estaba definida como el incumplimiento de una obligación internacional a menos que pudiera demostrarse la existencia de circunstancias objetivas que exoneraran de esa obligación. Véase Blomeyer-Bartenstein, *op. cit.* (nota 24 *supra*), págs. 141 y 142. Al parecer, en la segunda lectura del presente proyecto de artículos, la Comisión puede eliminar por completo el artículo 11 de manera de no dejar formulaciones negativas que sean innecesarias. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/53/10)*, párrs. 421 y 425.

responsabilidad objetiva de un Estado por cualquier daño causado por contaminación²⁹. McCaffrey indicaba los siguiente elementos de la obligación de diligencia debida:

a) El grado de diligencia que podía esperarse de un buen gobierno. En otras palabras, el gobierno de un Estado debe tener “con carácter permanente, un régimen jurídico y unos recursos materiales suficientes para cumplir sus obligaciones internacionales en circunstancias normales”³⁰. En particular, el Estado debe haber establecido y mantener un aparato administrativo, que sea mínimamente suficiente para poder dar cumplimiento a esas obligaciones;

b) La utilización de la infraestructura con un grado de vigilancia consonante con las circunstancias;

c) El comportamiento que dé lugar al daño por contaminación transfronteriza, así como el daño propiamente dicho, tienen que haber sido previsibles. En otras palabras, cuanto mayor sea el grado de contaminación inadmisibles de aguas transfronterizas, mayor será el deber del Estado de obrar con diligencia para impedir esa contaminación. Igualmente, el empleo de industrias o tecnologías peligrosas impone al Estado una mayor obligación de ejercer vigilancia, cualquiera que sea su grado de desarrollo general³¹.

23. La reacción de la Comisión a las propuestas de McCaffrey no fue totalmente favorable³². Un miembro no estaba seguro de que procediera relacionar el concepto de diligencia debida con una norma internacional mínima como la que podía esperarse del “buen gobierno” o de un “Estado civilizado”, según la tesis que proponía Dupuy, y que no podía por menos de evocar la controvertida doctrina de la norma internacional mínima del derecho internacional clásico. En consecuencia, consideraba que la obligación de emplear la diligencia debida parecería más aceptable para el conjunto de los Estados si se redujera a una vigilancia compatible con su grado de desarrollo respectivo³³. Otro miembro observó que la carga de probar el cumplimiento de la obligación debía recaer en el Estado de origen³⁴. Otro miembro consideraba que, como cuestión práctica, el grado de diligencia debida exigible dependía de las circunstancias. Consideraba también que la actividad que podía originar el daño, así como el daño

Anuario ... 1988, vol. II (Primera parte), pág. 238, párr. 6), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

P. Dupuy, “Due Diligence in the International Law of Liability”, OECD, *Legal Aspects of Transfrontier Pollution* (París, 1977), pág. 373.

Anuario ... 1988, vol. II (Primera parte), págs. 239 y 240; párrs. 7) a 9), documento A/CN.4/412 y Add.1 y 2.

Para llegar a estas conclusiones, McCaffrey se basaba en los estudios y las conclusiones de los profesores Dupuy y Lammers. Según Dupuy, “diligencia debida es la que cabe esperar un ‘buen gobierno’, esto es de un gobierno consciente de sus obligaciones internacionales ... Se trata tanto de la contrapartida del ejercicio exclusivo de la jurisdicción territorial como del factor restrictivo de la responsabilidad internacional que dimana de la omisión de actuar de conformidad con él (*op. cit.* (nota 30 *supra*), págs. 369 y 370). Señalaba también que, “el comportamiento exigido de un Estado cuyos recursos económicos le dan los medios para aumentar el alcance de su control no puede ser el mismo que se exige de un Estado cuya administración es reducida y relativamente ineficaz por la falta de recursos materiales” (*ibíd.*, pág. 376). Si bien el grado de vigilancia puede variar según el grado de desarrollo de un Estado, Dupuy insistía en que las normas mínimas relativas a los atributos de un buen gobierno que se han señalado antes “no admiten término medio” (*ibíd.*). Lammers llegaba a la conclusión de que únicamente cabía decir que un Estado había incumplido una obligación de cuidado o de diligencia debidos “si sus órganos públicos sabían o debían haber sabido que determinado comportamiento de su parte o de parte de personas naturales o jurídicas causaría una contaminación inadmisibles de las aguas transfronterizas” (J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1984), pág. 349).

Para el resumen de las opiniones de los miembros de la Comisión, véase *Anuario ... 1988*, vol. II (Segunda parte), párrs. 163 a 168.

Declaración del Sr. Shi, *ibíd.*, vol. I, 2064ª sesión, pág. 150, párr. 16.

Declaración del Sr. Arangio-Ruiz, *ibíd.*, pág. 151, párr. 24.

mismo, debía ser previsible: el Estado tenía que saber o tenía que haber sabido que una actividad determinada podía producir efectos contaminantes. Convino también en que el grado de diligencia podía depender del nivel de desarrollo del Estado de que se tratara³⁵.

24. El deber de emplear la diligencia debida era también parte central del proyecto de artículo 7 sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en la segunda lectura. En ese contexto, la diligencia debida se definía como “una diligencia proporcionada a la magnitud del objeto y a la dignidad y fuerza de la potencia que la ejerce” y “el cuidado que los gobiernos ordinariamente ponen en los asuntos que se refieren tanto a su seguridad como a la de sus nacionales” y se agregaba que “no tiene por objeto garantizar que al utilizar un curso de agua internacional no se produzca un daño sensible”³⁶. Únicamente puede considerarse que un Estado ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, haya causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no haya impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos³⁷. Por lo tanto, en virtud de este artículo, “el Estado puede ser responsable de no promulgar la legislación necesaria, de no hacer cumplir las leyes, de no impedir o poner término a una actividad ilegal o de no castigar a la persona responsable de la misma”³⁸. Además, según la Comisión, sólo se puede considerar que un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua³⁹.

25. Sin embargo, como observó la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Canal de Corfú*, del mero hecho de que un Estado ejerza control sobre su territorio no puede concluirse que ese Estado necesariamente esté enterado, o deba estar enterado, de todo acto ilegal perpetrado en su territorio o que necesariamente sepa o deba haber sabido quiénes son los autores⁴⁰. Es evidente que en este contexto la palabra “control” se refiere efectivamente a la jurisdicción y no al control de la actividad específica⁴¹.

26. El artículo 7 de la Convención de 1997 sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁴² se refiere a la obligación de los Estados de adoptar “medidas apropiadas” para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. Esta fórmula fue sugerida por el Canadá, Suiza y algunos otros Estados. La obligación de diligencia debida que entraña debe interpretarse a la luz del comentario de la Comisión mencionado anteriormente.

27. El examen del concepto de diligencia debida por parte de la Comisión en relación con su labor sobre el deber de prevención se inspiró principalmente en su estudio del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales

Declaración del Sr. Barsegov, *ibíd.*, pág. 154, párrs. 44 y 45.

Anuario ... 1994, vol. II (Segunda parte), pág. 110, párr. 4) del comentario del proyecto de artículo 7.

Ibíd.

Ibíd., cita de *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. II (St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987), secc. 601, comentario d), pág. 105.

Ibíd., párr. 8.

I.C.J. Reports 1949, pág. 18.

Véase también la opinión de Barboza, que estaba convencido de que los conceptos de control y jurisdicción eran más apropiados para definir el alcance del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional que el concepto de territorio (*Anuario ... 1988*, vol. II (Segunda parte), párrs. 60 y 61).

Resolución 51/229 de la Asamblea General, anexo.

para fines distintos de la navegación. Quentin–Baxter y Barboza entendían que la norma de diligencia debida aplicable en relación con el principio de prevención debía ser proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en un caso determinado. Quentin–Baxter indicó también que los niveles de protección adecuada debían determinarse teniendo debidamente en cuenta la importancia de la actividad y su viabilidad económica. Señaló además que los niveles de protección debían fijarse teniendo en cuenta los medios de que dispusiera el Estado autor y las normas aplicables en el Estado afectado y en la práctica regional e internacional⁴³.

28. El comentario sobre el artículo 4, titulado “Prevención”, que recomendó el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 se refería a la obligación del Estado de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer cumplir las leyes, las decisiones administrativas y las políticas que él había aprobado. También se indicó que la norma de la diligencia debida tiene que ser directamente proporcional al grado de riesgo o daño. Algunos factores que es preciso tener en cuenta para determinar las normas aplicables son el tamaño de la operación, su ubicación, las condiciones climáticas especiales y los materiales empleados en la actividad. No obstante, se tomó nota del Principio 11 de la Declaración de Río según el cual las normas aplicadas por algunos países pueden ser inadecuadas y acarrear a otros países, en especial a países en desarrollo, costos económicos y sociales injustificados⁴⁴.

29. La importancia del concepto de diligencia debida aumenta constantemente y superan la esfera del daño causado a personas privadas extranjeras en el territorio de un Estado. En la actualidad preocupa la necesidad de definir la responsabilidad o la responsabilidad del Estado por actos o riesgo de daño como consecuencia de la realización de actividades peligrosas.

30. Toda la cuestión de la diligencia debida también se ha examinado en relación con diferentes sectores de la gestión del medio ambiente y fue objeto de un análisis reciente por parte del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), que señaló que su conceptualización había resultado muy difícil. Se observó que, si bien algunas obligaciones específicas de la evaluación del impacto ambiental y las obligaciones de precaución estaban articuladas adecuadamente, seguían tratándose y evaluándose varias cuestiones fundamentales relacionadas con la evaluación internacional del riesgo, la responsabilidad del Estado o del agente económico y la responsabilidad internacional. Esto último figuraba entre los aspectos más difíciles del derecho internacional del medio ambiente. No obstante, la diligencia debida no suponía que los Estados o los agentes económicos fueran los garantes absolutos en la prevención del daño. Asimismo, existía flexibilidad considerable en la manera en que el Estado podría desempeñar su deber de diligencia debida. Por ejemplo, esta flexibilidad está relacionada con el empleo de diferentes medidas de control ambiental según la gravedad de la amenaza, los recursos disponibles para los países en desarrollo y la naturaleza de la actividad específica. Se sugirió además que, como parte del procedimiento de diligencia debida, las diversas ramas de la producción deberían ajustarse a las normas mínimas convenidas de ámbito internacional relativas al medio ambiente y cuestiones conexas. Algunas normas de esta clase se habían elaborado en foros internacionales

Véase P. S. Rao, primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, A/CN.4/487, párr. 55 f).

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento No. 10 (A/51/10), anexo I, segunda parte, párrs. 9 a 11 del comentario sobre el proyecto de artículo 4.

como la Organización Internacional de Normalización, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Marítima Internacional⁴⁵.

31. Basándonos en el análisis anterior podemos llegar a la conclusión de que la obligación de diligencia debida, implícita en el deber de prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, puede decirse que incluye el elemento siguiente: el grado de atención, que se supone sea el esperado de un buen gobierno. Dicho de otro modo, el gobierno interesado debe poseer con carácter permanente un sistema jurídico y recursos materiales suficientes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴⁶. Con tal fin, el Estado tiene también que establecer y mantener un aparato administrativo adecuado. No obstante, se entiende que el grado de atención que se espera de un Estado que disponga de recursos económicos, humanos y materiales bien desarrollados y de sistemas y estructuras de gestión altamente evolucionados no es igual que el correspondiente a los Estados que no se encuentran en esa situación⁴⁷. Pero aun en este último caso se espera un grado mínimo de vigilancia, empleo de infraestructura y supervisión de actividades peligrosas en el territorio del Estado, lo que constituye un atributo natural de todo gobierno⁴⁸.

32. El grado de atención necesario también es proporcional al grado de peligrosidad de la actividad de que se trata⁴⁹. Además, el grado de perjuicio propiamente dicho debe ser previsible y el Estado tiene que saber, o habría tenido que saber, que la actividad de que se trata lleva consigo el riesgo de causar daños importantes. Dicho de otra manera, cuanto más elevado sea el grado de daño inadmisibles, mayor será la obligación de prestar la atención necesaria para evitarlo.

33. Cabe recordar a este respecto los diversos principios examinados en el primer informe del Relator Especial, por ejemplo, la necesidad de autorización previa, la evaluación del impacto ambiental y la adopción de todas las medidas de precaución

Nota oficiosa de la secretaría del PNUMA sobre la diligencia debida internacional, preparada por el grupo asesor del Director Ejecutivo del PNUMA en banca y medio ambiente, octubre de 1993 (en el archivo del Relator Especial).

En su decisión de 27 de enero de 1999 en el asunto *Andhra Pradesh Pollution Control Board v. Prof. M.V. Nayudu (retired) and others*, la Corte Suprema de la India examinó varios conceptos relacionados con el principio “el que contamina paga”, el principio de precaución y el principio de imponer la carga de la prueba a la persona o entidad que proponga la actividad para demostrar que las medidas que adopta no perjudican al medio ambiente. En ese contexto, la sentencia de los magistrados Mazumdar y Jagannath Rao también puso de relieve la importancia de una buena gestión mediante el establecimiento de autoridades o tribunales de apelación compuestos por personal judicial y técnico buen conocedor del derecho ambiental, con el fin de que supervise y aplique las disposiciones relacionadas con el medio ambiente. Esta decisión también puso de relieve la necesidad de que se pudiera apelar formalmente ante la Corte Suprema las sentencias de esos tribunales ambientales. También merece destacarse que en ese asunto la Corte Suprema se basó en la labor de la Comisión de Derecho Internacional para llegar a sus conclusiones. *Judgement Today*, vol. 1 (1999), págs. 162 a 175.

Según Lefeber, esto introduce un elemento subjetivo porque es preciso suponer que las características especiales, tales como el estado de desarrollo y las particularidades geográficas, afectan a los medios que un Estado tiene a su disposición. La evolución de esas variables hace difícil fijar el concepto de diligencia debida, lo cual también es consecuencia de un carácter dinámico, ya que el grado de diligencia que tiene que ejercerse varía según cambien los valores sociales, económicos y políticos. Véase R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (La Haya, Kluwer, 1996), pág. 65.

Véase también las observaciones de Max Huber (nota 24 *supra*).

Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*), pág. 68, nota 50.

necesarias y razonables⁵⁰. A medida que las actividades resultan más peligrosas, la observancia de las obligaciones de procedimiento se hace más importante y la calidad de las medidas para evitar y disminuir los daños ambientales transfronterizos tiene que ser mayor⁵¹.

34. En relación con el desempeño de la obligación de diligencia debida, también se considera que el Estado de origen tendría que asumir la carga de la prueba de haber cumplido las obligaciones pertinentes en mayor medida que los Estados u otras partes que probablemente se vean afectados.

B. Algunas reflexiones acerca del cumplimiento de la obligación de diligencia debida

35. El hecho de dar importancia al cumplimiento de la obligación de diligencia debida tiene la ventaja de que las partes que puedan verse afectadas por la realización de actividades peligrosas tienen la oportunidad de buscar remedio en caso de que no se cumpla esa obligación, incluso antes de que ocurra ningún daño o perjuicio. Estos remedios pueden consistir en pedir el cumplimiento específico de los diversos componentes de la obligación de diligencia debida, además de la obligación del Estado de origen de consultar y notificar las actividades que puedan causar daños importantes, y evitar las controversias y resolverlas. También pueden entrar en juego, según el grado de responsabilidad del Estado, otros remedios, como el cese de la actividad o el pago de daños y perjuicios.

36. Además de la cuestión de los recursos o remedios posibles en caso de incumplimiento de la obligación de diligencia debida, resulta igualmente importante la cuestión de mejorar la cultura de la observancia y alentar el cumplimiento voluntario de las obligaciones. A este respecto, el Relator Especial ya de terminó en su primer informe varias medidas útiles que son pertinentes y todavía válidas⁵².

37. Según estudios realizados sobre cuestiones relativas a la observancia y el cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente cabe decir que la eficacia de esa observancia o cumplimiento depende de varios factores: precisión de las obligaciones de que se trata; capacidad administrativa del país; existencia de servicios financieros y otras infraestructuras para establecer y supervisar el procedimiento de observancia; factores económicos, incluido el producto nacional bruto per cápita; técnicas de producción; participación en el comercio internacional; reparto de la autoridad entre diferentes unidades políticas del país, incluidas la delegación y la descentralización de autoridad y de poder; función de las organizaciones no gubernamentales; y liderazgo ejercido por personas individuales. Se ha determinado que las variables importantes más próximas son la capacidad administrativa, el liderazgo, las organizaciones no gubernamentales y los conocimientos y la información⁵³.

P. S. Rao, Primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, A/CN.4/487/Add.1.

Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*), pág. 68.

A/CN.4/487/Add.1, párr. 53.

Véase Edith Brown Weiss y Harold K. Jacobson, directores de la publicación, *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords* (Cambridge, Mass., MIT Press, 1997), cap. 15, págs. 5 a 16 (el Relator Especial tiene el borrador del capítulo). Véase también Michael Bothe, "The Evaluation of Enforcement Mechanisms in International Environmental Law: An Overview" en R. Wolfrum, director de la publicación, *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?* (Berlín, Springer, 1996), págs. 13 a 38. Bothe llegó a las siguientes conclusiones: Existe un conflicto entre los enfoques unilaterales y bilaterales del cumplimiento por otros Estados. Las sanciones unilaterales son importantes pero problemáticas.

38. Las estrategias sugeridas para aumentar la observancia se diferencian según la posición del país. Se considera a este respecto que dos dimensiones tienen especial importancia, a saber: la intención de cumplir y la capacidad de hacerlo⁵⁴. Basándose en una matriz, cabría dividir a los países en seis categorías: los que quieren y pueden cumplir; los que no se han decidido todavía en lo que respecta a la obligación de cumplimiento pero podrían cumplir; los que no quieren cumplir pero pueden hacerlo; los que quieren cumplir pero no pueden hacerlo; los que no se han decidido todavía en lo que respecta a la obligación de cumplimiento pero no podrían cumplir; los que no quieren ni pueden cumplir⁵⁵.

39. En consecuencia, se han articulado tres estrategias de cumplimiento con respecto a los acuerdos internacionales relativos al medio ambiente: el enfoque de la información a la luz pública, el de establecimiento de incentivos para el cumplimiento, y el de imposición de sanciones. Se sugiere que predominan los dos primeros enfoques: las sanciones sólo se utilizan como “último recurso”⁵⁶. Esto contrasta con lo que ocurre en la esfera comercial, en la que las sanciones constituyen la estrategia primordial para el cumplimiento, o en la legislación de derechos humanos, en la que prevalece el enfoque de la información pública acompañada de sanciones.

40. A juicio de otro comentarista⁵⁷, si bien son indudablemente útiles los mecanismos y procedimientos eficientes de presentación de informes en virtud de una convención multilateral con el fin de fomentar un mejor conocimiento de las prácticas de cada Estado, el cumplimiento por los países en desarrollo se verá facilitado si se les ayuda a aplicar tecnologías sustitutivas y a aumentar su capacidad de ejecución y de internalizar la nueva conducta en sus culturas nacionales. Además, aplicar las convenciones internacionales requiere a menudo que los Estados creen instituciones, adopten reglamentos nacionales y elaboren y apliquen planes nacionales para establecer condiciones favorables al medio ambiente. La voluntad política de cumplir esos

Está disminuyendo el cumplimiento de las obligaciones internacionales a nivel bilateral por medio del mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado. La función de los procedimientos tradicionales de solución de controversias es limitada. Se están desarrollando verdaderos procesos multilaterales de aplicación, a saber: sistemas de presentación de informes, exámenes sistemáticos de los recursos nacionales, nuevos procedimientos en caso de incumplimiento, e instrumentos financieros, en particular un sistema de observancia remunerada. El cumplimiento de los acuerdos ambientales se impone todavía en gran medida mediante instrumentos diplomáticos. También se alienta un mayor acceso de las organizaciones no gubernamentales, en detrimento de los procesos intergubernamentales. *Ibíd.*, pág. 36.

Brown Weiss y Jacobson, *op. cit.*, pág. 17.

Ibíd., pág. 18.

Ibíd., pág. 22. Respecto de la opinión de que frente al incumplimiento las sanciones coercitivas son excepcionales, ineficaces y básicamente inapropiadas en los regímenes de cooperación por los que los Estados regulan sus principales problemas comunes, véase también A. H. Chayes, A. Chayes y R. B. Mitchell, “Active Compliance Management in Environmental Treaties”, en Winfried Lang, director de la publicación, *Sustainable Development and International Law* (Londres, Graham / Trotman, 1995), pág. 77. Véase en P. M. Dupuy, “International Liability for Transfrontier Pollution”, en Michael Bothe, director de la publicación, *Trends in Environmental Policy and Law* (IUCN Environmental policy and law paper, No. 15, 1980), pág. 379, un análisis de los acuerdos en que cabría considerar la posibilidad de elaborar, mediante negociaciones bilaterales o multilaterales, procedimientos de indemnización.

Ibrahim Shihata, “Implementations, Enforcement and Compliance with International Environmental Agreements — views from the World Bank”, documento presentado a la reunión de expertos del PNUMA sobre aplicación y cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente, Washington, D.C., 20 a 21 de mayo de 1996 (copia en el archivo del Relator Especial).

requisitos es necesaria pero no suficiente. Los gobiernos tienen que disponer de los medios necesarios para desempeñar sus obligaciones⁵⁸.

41. El enfoque basado en la información a la luz pública consiste en una serie de medidas encaminadas a llevar a la luz del día la conducta de las partes y los agentes de que se trate. Entre estas medidas cabe citar la presentación periódica de informes nacionales, el examen de esos informes por funcionarios de igual nivel, el establecimiento de secretarías especiales y órganos regionales e internacionales, el acceso a la información por parte de organizaciones no gubernamentales, la participación de organizaciones no gubernamentales en la supervisión del cumplimiento, la supervisión sobre el terreno, la transparencia de la información y la supervisión periódica del comportamiento seguido, mediante foros nacionales y regionales, cursillos prácticos, redes empresariales o privadas del sector o consultores que trabajen sobre el terreno⁵⁹.

42. A continuación se presentan algunos ejemplos. En el artículo 8 del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono se prevé un procedimiento en caso de incumplimiento, que se aprobó en 1992⁶⁰. Según este procedimiento, la información relativa al incumplimiento puede comunicarse al Comité de Aplicación establecido en virtud de su párrafo 5. Esta información puede comunicarla un Estado Parte que tenga reservas con respecto al cumplimiento de sus obligaciones por otro Estado Parte, la Secretaría, o la parte interesada que haya llegado a la conclusión de que, a pesar de sus esfuerzos hechos de buena fe no puede cumplir plenamente sus obligaciones. El Comité de Aplicación seguirá examinando la cuestión y tratará de alcanzar una solución amistosa. Para cumplir sus obligaciones podrá, cuando sea necesario y por invitación de la parte interesada, reunir información en el territorio de esta última⁶¹. Los Estados partes en el Protocolo, después de examinar el informe y las recomendaciones del Comité de Aplicación, podrán adoptar y solicitar medidas para el pleno cumplimiento del Protocolo. A reserva de que se ultimen las actuaciones, la Reunión de los Estados Partes también podría formular un llamamiento provisional y recomendaciones⁶². El procedimiento en caso de incumplimiento seguido en virtud del Protocolo de Montreal tiene por finalidad garantizar una solución amistosa de la cuestión sobre la base del respeto de las disposiciones del Protocolo⁶³.

43. La Convención sobre Seguridad Nuclear, que entró en vigor el 24 de octubre de 1996, establece en su artículo 5 el requisito de presentación de informes⁶⁴. Se trata esencialmente de un “mecanismo de examen por funcionarios de igual nivel”. Además,

Ibíd., pág. 4.

Brown, Weiss y Jacobson, *op. cit.* (nota 53 *supra*), págs. 22 y 23. Véase asimismo Kamen Sachariew, “Promoting Compliance with International Environmental Legal Standards: Reflections on Monitoring and Reporting Mechanisms”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2 (1992), págs. 31 a 52.

Véase el texto del Protocolo en Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, pág. 65. Para mayor información sobre el procedimiento de aplicación, véase PNUMA, Information on non-compliance mechanisms in some international environmental conventions, UNEP/CHW/LSG/3/4 (25 de mayo de 1998), anexo I, págs. 10 a 13.

Un requisito similar figura en el párrafo 2 del artículo XIII de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), en virtud del cual se permite la inspección sobre el terreno cuando se cuenta con el consentimiento de la parte interesada (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, pág. 299).

Véase un procedimiento similar en el párrafo 1 del artículo 10 del Convenio para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste de 1992, *International Legal Materials*, vol. 32 (1993), pág. 1.069.

Véase una nota de la Secretaría sobre la cuestión de las medidas destinadas a la aplicación de algunas convenciones pertinentes, presentadas al Comité Intergubernamental de Negociación encargado de elaborar una convención internacional de lucha contra la desertificación, ICCD/COP(2)/10, 23 de octubre de 1998, págs. 4 y 5. *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), pág. 1.514. Véase también PNUMA, Information on non-compliance mechanisms in some international environmental conventions, *op. cit.* (nota 60 *supra*).

en el artículo 29 se establece que en caso de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, las partes celebrarán consultas en el marco de una reunión de las Partes Contratantes a fin de resolver la controversia en cuestión. Las controversias se resolverán de manera amistosa y no se llevarán ante ningún tribunal. El mecanismo de examen por funcionarios de igual nivel se lleva a cabo sobre la base de: a) las directrices relativas al proceso de examen; b) las directrices relativas a los informes nacionales; y c) el reglamento y el reglamento financiero de las reuniones de examen de las Partes Contratantes. Aunque cada Parte Contratante dispone de cierta libertad y flexibilidad para preparar el informe que presentará al mecanismo de examen, las directrices convenidas prevén una estructura que facilite el examen internacional. Para ello las directrices van más allá del “carácter incentivador” de la Convención y añaden rigor al requisito de presentación de informes y cierta transparencia interna al proceso de examen. Esto último supone la oportunidad de que cada Parte Contratante formule observaciones. Para tal fin se han establecido dos grupos distintos de países. Se alienta a las Partes Contratantes a que examinen los elementos específicos de seguridad de su programa, con lo cual los demás podrán identificar más fácilmente los defectos. Al final de cada reunión de examen se preparará un informe resumido que se pondrá a disposición del público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención.

44. El sistema del Segundo Protocolo sobre el Azufre prevé medidas de cooperación, tales como ayuda a las Partes para cumplir las disposiciones del Protocolo. Además, cabe señalar que las funciones del Comité de Aplicación del Protocolo incluye el examen periódico de las quejas de las partes respecto de los requisitos de presentación de informes establecidos por el Protocolo, así como el examen de toda notificación o referencia destinada a facilitar soluciones constructivas⁶⁵.

45. De manera similar, el proceso de consultas multilaterales establecido en virtud del artículo 13 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático⁶⁶ está a disposición de las partes para resolver cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención. Este procedimiento tiene por finalidad resolver esas cuestiones proporcionando consejo y asistencia a las partes para superar sus dificultades de aplicación, así como fomentar el entendimiento de las disposiciones de la Convención con miras a evitar que surjan controversias. Este proceso de consultas multilaterales disminuye las dificultades, no provoca enfrentamientos y es transparente, oportuno y no judicial. En consecuencia, los problemas se resuelven como sigue: a) aclarando y resolviendo las cuestiones; b) proporcionando asesoramiento sobre la obtención de recursos técnicos y financieros para resolver las dificultades; y c) proporcionando asesoramiento sobre la reunión y comunicación de información⁶⁷.

46. El enfoque basado en los incentivos supone proporcionar incentivos financieros y técnicos: fondos establecidos por el instrumento de que se trate, por ejemplo, el Fondo del Protocolo de Montreal, el Fondo del patrimonio mundial o el Fondo de Bali establecido en virtud del nuevo Convenio Internacional de las Maderas Tropicales; proyectos financiados por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM),

Protocolo sobre reducciones adicionales de las emisiones de azufre, de 14 de junio de 1994, de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a largas distancias, *International Legal Materials*, vol. 33 (1994), pág. 1.540. Con respecto a la cuestión de las medidas de aplicación, véase la nota de la secretaría de la Convención de Lucha contra la Desertificación, *op. cit.* (nota 63 *supra*), págs. 4 y 5.

International Legal Materials, vol. 31 (1992), pág. 849.

Véase la nota de la secretaría sobre la cuestión de las medidas de aplicación de la Convención de Lucha contra la Desertificación, *op. cit.* (nota 63 *supra*), pág. 6.

proyectos multilaterales de bancos de desarrollo⁶⁸; asistencia bilateral proporcionada por gobiernos; y asistencia técnica del sector privado, como en el caso de la aplicación del Protocolo de Montreal⁶⁹.

47. Las sanciones pueden oscilar desde la pérdida de una consideración especial en virtud del acuerdo (por ejemplo, la aplicación de la condición prevista en el artículo 5 del Protocolo de Montreal, que determina la posibilidad de tener acceso a financiación) hasta prohibiciones de comerciar con el país infractor. En lo que respecta a algunos tipos de acuerdo puede ser útil establecer un órgano que se ocupe de las cuestiones de aplicación e incumplimiento y de la elaboración del procedimiento aplicable en tales casos, que en último extremo incluya sanciones, incluso aunque la amenaza que suponen sólo sirva para impedir el incumplimiento⁷⁰.

48. El Relator Especial se ha vuelto a ocupar del concepto de diligencia debida, fundamentalmente con miras a establecer el tipo de obligación que es necesario hacer cumplir. También ha examinado diversos medios y métodos para lograr el cumplimiento o la observancia. Está claro que procedimientos más transparentes y que den lugar a menos enfrentamientos serán los más aptos para alentar y ayudar a los Estados a mejorar sus niveles de cumplimiento. Esto, no obstante, sin perjuicio de invocar los recursos de derecho privado y los principios de responsabilidad del Estado.

49. También está claro que las cuestiones relacionadas con el cumplimiento y los regímenes específicos para lograrlo son temas adecuados de negociación entre los Estados partes en acuerdos sobre la realización de actividades peligrosas o perjudiciales. Este es el procedimiento que se sigue con respecto a varias actividades importantes. A este respecto cabe considerar que la cuestión del cumplimiento queda fuera del alcance de la preparación de los proyectos de artículos sobre prevención por la Comisión de Derecho Internacional. Si se desea otra cosa y así lo ordena la Asamblea General, la Comisión podría preparar un protocolo aparte sobre cumplimiento.

Con respecto a la función de las instituciones financieras internacionales, Shihata observó que “por medio de su diálogo de política y préstamos, especialmente los concedidos en condiciones de favor, las instituciones financieras internacionales proporcionan incentivos para el cumplimiento de las normas ambientales que deben observar. Su asistencia técnica también ayuda a establecer instituciones y marcos jurídicos y normativos adecuados. Estas instituciones administran y facilitan la preparación de planes ambientales nacionales. El FMAM, que se centra en la financiación adicional en condiciones de favor para atender los costos suplementarios de los proyectos que favorecen al mundo entero en las cuatro esferas fundamentales del cambio climático, la diversidad biológica, la capa de ozono y las aguas internacionales, desempeña un papel especial de creciente importancia. Al proporcionar un incentivo económico para que los países en desarrollo cumplan los tratados internacionales sobre el medio ambiente, el FMAM constituye parte de un enfoque mundial basado en los principios de cooperación con espíritu de asociación mundial y responsabilidades comunes aunque diferenciadas. Los incentivos positivos proporcionados mediante esas distintas formas de asistencia financiera también tienen aspectos sancionadores. La asistencia se suspende o suprime cuando no se reembolsan los préstamos o incumplen los acuerdos de donación. No obstante, la clave reside en la flexibilidad” (Shihata, *op. cit.* (nota 57 *supra*)). Véase también Constantin Christofidís, “The European Investment Bank and Environmental Protection—Policies and Activities”, en Asociación Internacional de Abogados, *Environmental Liability*, séptimo seminario sobre derecho del medio ambiente, 9 a 13 de junio de 1990, Montreux (Suiza) (Londres, Graham & Trotman, 1991), págs. 13 a 24. Brown, Weiss y Jacobson, *op. cit.* (nota 53 *supra*), págs. 23 y 24. *Ibíd.*, pág. 24. Véase también el capítulo dedicado al cumplimiento en Asociación Internacional de Abogados, *op. cit.* (nota 68 *supra*) págs. 213 a 274, en lo que se refiere a la experiencia de Nueva Galés del Sur (Australia) y Nueva Zelanda en cuestiones de cumplimiento y observancia.

IV. Planteamiento del tema de la responsabilidad internacional

A. La labor de la Comisión de Derecho Internacional

50. Cuando la Comisión abordó el tema a principios de 1978, el Sr. Quentin-Baxter, que era entonces su Relator, trató de establecer una base o marco conceptual y sugirió un plan esquemático en su tercer informe⁷¹. A este respecto, indicó la necesidad de retornar al concepto de responsabilidad causal civil, aun cuando se daba perfecta cuenta de las dificultades que ello entrañaba. El Relator señaló: “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. El Relator Especial no alcanza a discernir cómo podría ser de otro modo, teniendo en cuenta las realidades de los peligros transfronterizos y las relaciones interestatales, y los elementos existentes de un capítulo en evolución del derecho internacional”⁷².

51. Un aspecto aún más importante, según Quentin-Baxter, es que el concepto de responsabilidad y la obligación de pagar una indemnización están condicionados por su concepto de las expectativas compartidas. Como explicaba el Relator, el carácter impreciso de este último concepto era una ventaja ya que permitía a los Estados llegar a una distribución mutuamente aceptable, caso por caso, de los costos y beneficios. Cabe recordar que, de conformidad con el párrafo 4 de la sección 4 del plan esquemático, las expectativas compartidas incluyen las que “a) se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones que 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”. Ello deja abierta la posibilidad de solucionar una controversia recurriendo a los regímenes de responsabilidad civil. También es posible que esas expectativas compartidas se puedan decidir y determinar si la pérdida deberá ser indemnizada por el Estado de origen, compartida entre el Estado de origen y el Estado afectado o recaer en el que corresponda⁷³.

52. Barboza opinaba que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad debían resolverlas los Estados mediante regímenes en la materia establecidos expresamente para ese fin. De esa manera, pueden optar por un régimen de responsabilidad civil o uno de responsabilidad de Estado a Estado. El régimen de responsabilidad que proponía sólo podía funcionar en calidad de régimen residual, sirviendo como “red de seguridad”. Barboza indicó que, en caso de un daño transfronterizo que no se derivara de un hecho internacionalmente ilícito, el Estado de origen tendría la obligación de negociar con el Estado o los Estados afectados “la determinación de las consecuencias jurídicas del

Anuario... 1982, vol. II (primera parte), pág. 75, párr. 53, documento A/CN.R/360.

Ibíd., pág. 72, párr. 41. También manifestó, con respecto a las dificultades de tratar el concepto de responsabilidad causal: “[A]l término del camino, la fiera de la responsabilidad causal debe ser domesticada” (Segundo informe, *Anuario ...* 1981, vol. II. (Primera parte), pág. 135, párr. 92, documento A/CN.4/346, y Add.1 y 2. En cuanto a su idea de que la prevención y la reparación forman parte de un continuo y, en conjunto, han de ser tratadas como una obligación compleja, véase Rao, Primer informe, A/CN.4/487, párr. 40.

Informe preliminar, *Anuario ...* 1980, vol. II (Primera parte), pág. 273, párr. 47, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2.

daño, teniendo en cuenta que éste debe ser en principio compensado íntegramente^{74/75}. Únicamente el incumplimiento de la obligación de negociar daría lugar a la responsabilidad del Estado⁷⁶.

53. Barboza también señalaba que su concepto de responsabilidad no requería prueba alguna de que el Estado de origen hubiera dejado de adoptar medidas apropiadas de prevención y reducción de la contaminación. Tampoco requería que la conducta de que se tratara fuera considerada ilícita. El proyecto de artículo 9 propuesto en 1990 también dejaba abierta la posibilidad de limitar la responsabilidad en lo concerniente a la cantidad y el tiempo⁷⁷. Cabe señalar también que, a diferencia de Quentin Baxter, que escogió el concepto de expectativas compartidas para atenuar el rigor del concepto de la responsabilidad causal, Barboza se basó en factores que limitaban la responsabilidad⁷⁸. Y en exoneraciones o excepciones respecto de tal responsabilidad⁷⁹. Señaló además lo siguiente:

“Es la responsabilidad causal la que inspira la norma de este artículo [proyecto de artículo 21]⁸⁰, lo que significa que, si no hay dudas en cuanto al vínculo de causalidad entre la actividad y el daño transfronterizo de que se trate, correspondería indemnizarlo en principio. La negociación que tenga lugar partirá de esa premisa y se centrará más bien en el ‘quantum’ de la indemnización⁸¹.”

54. Aun cuando había aducido anteriormente argumentos en favor de la responsabilidad del Estado, en la última parte de su trabajo comenzó a combinar ese concepto con el de la responsabilidad civil del explotador privado. En su séptimo informe, y atendiendo a varias sugerencias para abordar la cuestión de la responsabilidad atribuyendo más importancia a los recursos del derecho interno o privado, Barboza propuso que la responsabilidad civil fuera primaria y la responsabilidad del Estado supletoria⁸². A este respecto, la responsabilidad del Estado sólo sustituiría a la responsabilidad civil si el particular que fuera responsable no pudiera indemnizar el daño, o no se le pudiera identificar o localizar. Por otra parte, las víctimas deberían tener derecho a optar entre el conducto interno y el conducto diplomático para presentar su demanda⁸³. Ni siguiera este criterio mixto recibió mucho apoyo. En consecuencia, en su décimo informe, Barboza propuso que no se considerara responsables a los Estados por el daño a que hacían referencia los proyectos de artículos, a menos que hubieran cometido un hecho internacionalmente ilícito⁸⁴. A ese respecto, señaló diferentes posibilidades para atribuir la responsabilidad al Estado, a saber: a) situaciones en las que no hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito; b) situaciones en que hay responsabilidad exclusiva del Estado, tanto objetiva como por hecho ilícito; c) situaciones en que hay responsabilidad objetiva del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil, también objetiva, del explotador en cuanto al pago de indemnizaciones por incidentes derivados de la actividad peligrosa, y d) situaciones en que hay

Sexto informe, *Anuario... 1990*, vol. II (Primera parte), pág. 102, párr. 48, documento A/CN.4/428 y Add.1.

Ibíd., anexo, pág. 116, proyecto de artículo 21.

Ibíd., pág. 101, párr. 43.

Ibíd., pág. 101, párr. 44, y anexo, pág. 114.

Ibíd., anexo, págs. 116 y 117, proyectos de artículo 23 y 27.

Ibíd., pág. 116, proyecto de artículo 26.

Para el texto, véase ibíd., pág. 116.

Séptimo informe, *Anuario ... 1991*, vol. II (Primera parte), pág. 89, párr. 56, documento A/CN.4/437.

Ibíd., pág. 88, párr. 50. Véase también pág. 80, párr. 23.

Ibíd., pág. 88, párr. 51.

Décimo informe, A/CN.4/459, párr. 30.

responsabilidad por hecho ilícito del Estado, pero subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa.

55. Barboza llegaba a la conclusión de que ninguna de las alternativas parecía adecuarse enteramente a los fines de los proyectos de artículo, aunque consideraba que la alternativa d) era una opción que podría tomarse en consideración. En esas circunstancias, lo más simple, a su juicio, “sería no asignar ninguna forma de responsabilidad objetiva al Estado, y separar en la forma más tajante posible su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones propias (responsabilidad por hecho ilícito) de la responsabilidad objetiva por los daños que causen los incidentes derivados del riesgo de la actividad de que se trate”. Confiaba en que ese sistema sería más aceptable para los Estados y simplificaría la relación entre la responsabilidad del Estado y la de los particulares. A su juicio, también simplificaría los aspectos procesales, puesto que sólo los tribunales de derecho interno serían competentes y no había cuestión tan espinosa como la comparecencia del Estado ante un tribunal en un caso en el que estuviera involucrado un particular, sobre todo si debía hacerlo ante los tribunales internos de otro Estado⁸⁵.

56. Los proyectos de artículos adoptados por el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 se referían a la cuestión de la responsabilidad en el artículo 5. En el comentario sobre esa disposición se señalaba que “el principio de responsabilidad ha de entenderse sin perjuicio de la cuestión de a) la entidad que es responsable y debe prestar reparación; b) las formas y el alcance de la reparación; c) el daño que está sujeto a reparación; y d) la base de la responsabilidad”⁸⁶.

57. La reacción de la Asamblea General a las propuestas del Grupo de Trabajo no fue totalmente favorable. Por una parte, había un grupo de Estados que consideraban que los proyectos de artículos no se centraban en grado suficiente en el principio de responsabilidad e indemnización. Se estimaba que debía elaborarse un régimen de responsabilidad e indemnización más completo y de carácter más general a fin de lograr un equilibrio apropiado entre los beneficios derivados por las entidades que realizaban actividades peligrosas y la carga impuesta a terceros a causa del riesgo de daño que comportaban tales actividades. Se señaló que tan sólo los proyectos de artículos 5 y 21 se referían a la cuestión de la responsabilidad internacional. Por otra parte, el texto no contenía ninguna disposición sobre la naturaleza de la responsabilidad o de la cuantía de la indemnización, ni tampoco hacía distinción alguna entre los conceptos de responsabilidad y obligación de reparar. A la luz de esas consideraciones, se sugirió que la Comisión abordara los proyectos de artículos como un texto sobre un régimen de protección ambiental y no de responsabilidad internacional. Se señaló que la obligación de indemnizar podía ser cumplida directamente por el explotador privado o utilizando un sistema de dos o tres niveles basado en el establecimiento de un fondo de indemnización u otros medios (como utilizar el principio de que quien contamina paga, que no es aplicable en todos los casos, o recurrir a un régimen de responsabilidad civil o del Estado, o mediante una combinación de ambos)⁸⁷.

Ibíd., párrs. 26 a 29.

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10), pág. 295, párr. 6 del comentario sobre el artículo 6.

Véase la declaración de la delegación de Austria, A/C.6/51/SR. 37, párrs. 17 y 19. Para opiniones análogas, véanse las declaraciones de Portugal (A/C.6/51/SR.39, párr. 66), Australia, (A/C.6/51/SR.40, párrs. 2 y 3), Irlanda (que indicaba que estaba dispuesta a aceptar la exclusión de la “responsabilidad absoluta”, e incluso la “responsabilidad causal”, siempre que se aceptase que no se excluyera también la responsabilidad sin culpa, ibíd., párrs. 6 y 8), República de Corea (A/C.6/51/SR.41, párr. 53), Cuba (que parecía apoyar la responsabilidad del Estado, ibíd., párr. 57), Nueva Zelandia (que apoyaba el principio de que quien contamina paga, A/C.6/51/SR.39,

58. Otro grupo de delegaciones consideraba que el concepto de responsabilidad incorporado a los proyectos de artículos del Grupo de Trabajo no estaba definido en forma apropiada y que sus elementos estaban desprovistos de todo contenido concreto. A este respecto, se señaló que los proyectos de artículos eran, a la vez, ambiguos e inquietantes, ya que no resolvían la cuestión de quién (o qué) concretamente era el responsable. También podía suponerse que esos proyectos trataban de imponer obligaciones tan sólo a los Estados y no a las entidades privadas. Los Estados Unidos no consideraban que “, conforme al derecho internacional consuetudinario, los Estados sean en general responsables por daños transfronterizos sensibles causados por entidades privadas que actúen en su territorio o estén sujetas a su jurisdicción o control”. Su delegación agregó que “desde un punto de vista sustantivo, existe un buen argumento de que la mejor manera de reducir al máximo esos daños es atribuir responsabilidad a la persona o entidad que los causa y no al Estado”⁸⁸. Francia sostenía que el Grupo de Trabajo no había definido las características de la responsabilidad. La responsabilidad del Estado podía concebirse sólo residualmente respecto a la responsabilidad del explotador de la actividad que originase el daño transfronterizo. El reconocimiento de la responsabilidad residual de los Estados por los daños causados por actividades lícitas constituiría por sí mismo un desarrollo muy importante del derecho internacional. Era poco probable que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar ese desarrollo de un modo general. Hasta la fecha, sólo lo habían aceptado en tratados específicos, como el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 29 de marzo de 1972. En ese caso, sin embargo, los Estados promotores del Convenio consideraron que las actividades espaciales eran actividades reservadas exclusivamente a los Estados, lo que evidentemente no ocurría para todas las actividades consideradas en el proyecto de artículos que se estaba examinando. Por consiguiente, sería preferible convertir el proyecto de artículos en una especie de compendio de principios, al que los Estados podrían referirse al establecer regímenes específicos de responsabilidad. Sería ése un enfoque realista, pragmático y constructivo del tema⁸⁹. La India consideraba que el control jurisdiccional o la soberanía sobre un territorio no constituían *per se* el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados, y que lo que tenía vital importancia era el control real de las operaciones realizadas en el territorio de un Estado. Por consiguiente, la responsabilidad internacional por los daños transfronterizos debía imputarse al explotador que ejercía directamente el control físico de esas actividades⁹⁰. El Reino Unido pidió que se abandonara el estudio de ese tema, habida cuenta de la carga que suponía para la Comisión, ya que tal tema había quedado “vacío de contenido”⁹¹.

59. Por su parte, un Grupo de Trabajo de la Comisión que examinó la cuestión en 1997 no estaba convencido, de que estuvieran bastante claros el alcance y el contenido del tema. También estimaba que la Comisión debía esperar hasta que recibiera más comentarios y observaciones de los Estados para adoptar una decisión sobre el tema de la responsabilidad internacional. Como medida provisional, convino en que las

párr. 5), Venezuela (ibíd., párrs. 18 a 21) y el Brasil (ibíd., párr. 26).

Véanse las observaciones escritas presentadas por los Estados Unidos de América a la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/81, párr. 24. Véase también la declaración de esa delegación en la Sexta Comisión, A/C.6/51/SR.39, párrs. 31 a 33. Véase también David Jacoby y Abbie Eremich, “Environmental Liability in the United States of America” en *International Bar Association*, *op. cit.* (nota 68 *supra*), págs. 63 a 93.

A/C.6/51/SR.37, párr. 25. Para la declaración de los países nórdicos, que también deseaban que quedara claro que incumbía primordialmente al explotador privado dar indemnización y que la responsabilidad del Estado, en su caso, era supletoria, véase ibíd., párr. 40.

A/C.6/51/SR.41, párr. 63.

A/C.6/51/SR.38, párr. 19.

cuestiones de la prevención y de la responsabilidad por daños se trataran por separado⁹².

B. Estado de las negociaciones en curso acerca de la responsabilidad internacional

60. La opinión del Grupo de trabajo de la Comisión fue corroborada por el hecho de que, salvo en el caso de la responsabilidad relacionada con los objetos espaciales y algunos otros casos⁹³, muchos de los convenios y convenciones internacionales relativos al daño transfronterizo o al daño al medio ambiente mundial no han podido hasta ahora establecer ningún régimen de responsabilidad. En la mayoría de los instrumentos se ha indicado únicamente la necesidad de elaborar protocolos apropiados sobre la responsabilidad, y la mayoría de éstos han sido objeto de negociación durante considerable tiempo sin llegar a ninguna solución o consenso acerca de las cuestiones fundamentales involucradas⁹⁴. A continuación se examina el estado en que se encuentran algunas de esas negociaciones.

61. La Reunión Consultiva del Tratado Antártico ha estado tratando de elaborar uno o varios anexos sobre la responsabilidad ambiental y, a esos efectos, estableció un Grupo de Expertos Jurídicos que se ha venido reuniendo durante las Reuniones Consultivas del Tratado y en los períodos entre éstas, desde 1993. Las deliberaciones del Grupo han tenido lugar sobre la base de “propuestas” preparadas por su Presidente,

Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/52/10), párrs. 165 y 167.

Se ha tratado de incorporar en algunas convenciones el principio de la responsabilidad objetiva del Estado en una forma u otra. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 961, pág. 187) hace al Estado que lanza los objetos absolutamente responsable por los daños causados por objetos espaciales en la superficie de la Tierra a las aeronaves que se encuentren en vuelo (art. II). Aunque la norma de la culpa se incorporó en el artículo III en relación con los daños causados a objetos espaciales que estuvieran en vuelo como consecuencia de la colisión entre objetos en el espacio ultraterrestre, o en el aire, el Convenio puede considerarse no obstante un régimen modificado de responsabilidad *sine delicto*. El abandono de la excepción basada en no existir un hecho del Estado y de la relacionada con la diligencia debida y la interpretación aceptada de la falta de nexo entre la responsabilidad y un hecho internacionalmente ilícito parecen respaldar esta opinión. Al igual que el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972, la Convención del Consejo de Ayuda Mutua Económica sobre la responsabilidad por daños ocasionados por accidentes radiológicos en el transporte internacional de combustible nuclear irradiado de las centrales eléctricas nucleares también considera primordialmente responsables a los Estados por los daños nucleares en virtud del derecho internacional. Además, en lo que respecta a otras actividades nucleares, a saber, la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre y los ensayos nucleares, hay algunos indicios del abandono de la excepción basada en no existir un hecho del Estado y la relativa a la diligencia debida y de que se hace caso omiso de la condición de ilegalidad. Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*), pág. 160. También se ha hecho caso omiso de excepciones análogas en el caso de, al menos, dos tratados bilaterales sobre los cursos de agua internacionales; *ibíd.*, pág. 169.

Para un excelente resumen de la práctica internacional respecto de los recursos en el caso de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas a las personas o los bienes, o al medio ambiente, y para una enumeración de las distintas formas de responsabilidad y los diversos casos de pago de indemnización sin atribución alguna de responsabilidad, junto con ejemplos de tratados y jurisprudencia, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, anexo I, comentario sobre el artículo 5 recomendado por el Grupo de Trabajo, pág. 293. Para un análisis de algunos de los convenios y convenciones pertinentes, así como de los argumentos involucrados, véase también Mahnouch H. Arsanjani y W. Michael Reisman, “The Quest for an International Liability Regime for the Protection of the Global Commons”, en *International Law: Theory and Practice: Essays in Honor of Eric Suy* (La Haya, Martinus Nijhoff, 1998), págs. 469 a 492.

el Profesor R. Wolfrum. En su última reunión, el Grupo tuvo ante sí la octava propuesta del Presidente. La delegación de los Estados Unidos también propuso una alternativa⁹⁵. Las cuestiones objeto de examen son las siguientes: ámbito de aplicación, definición del concepto de daño, medidas de respuesta o recursos, norma de responsabilidad, excepción y límites, normas relativas al alcance del daño, responsabilidad del Estado, seguros, y aplicación de las disposiciones del anexo o anexos, inclusive la solución de controversias. El Grupo llegó a un acuerdo acerca de alguna de estas cuestiones, pero en relación con otras sólo se pudieron decidir alternativas. Se convino, por ejemplo, en que la finalidad de un anexo, o de varios de ellos, era elaborar un régimen de responsabilidad que abarcara todas las actividades en el marco del Tratado Antártico y su Protocolo. Sin embargo, queda pendiente la cuestión de si ello debe hacerse en un anexo de carácter general o en varios anexos. En cuanto a la definición de daño, aun cuando se acordó que debía satisfacer ciertas condiciones, se expresó preferencia por distintas variantes. Con arreglo al artículo 3 de la octava propuesta, los efectos tienen que ser significativos y duraderos. Aunque algunos miembros se inclinaban por excluir los efectos que se hubieran determinado en evaluaciones del impacto ambiental y que las autoridades nacionales hubiesen considerado aceptables con arreglo a la definición de daño, otros sentían preocupación por que pudiera utilizarse cualquier tipo de evaluación del impacto ambiental para evitar la responsabilidad. De manera análoga, y en lo concerniente a la forma de responsabilidad, si bien todos los miembros preferían la responsabilidad objetiva, expresaron dudas acerca de la distinción que había que hacer entre las actividades de los Estados y las de las entidades no estatales, o entre los tipos de daño. Las propuestas que daban preferencia a la responsabilidad conjunta y solidaria también planteaban problemas ligados a la compatibilidad con algunos regímenes jurídicos nacionales. Aunque todos estaban de acuerdo en que el explotador privado debería adoptar medidas preventivas razonables para impedir que se produjeran incidentes, se señaló que cualquier obligación de esa índole podría considerarse una nueva obligación en virtud del Protocolo. También era importante la cuestión del pago de una indemnización a los terceros que tomaran medidas correctivas sin previa autorización del explotador privado. Aunque, en general, se debía considerar responsable por los daños al explotador, cualquier disposición que impusiera a éste la obligación de pagar una indemnización razonable por el “daño no reparado” o el “perjuicio irreparable”, o, cuando las medidas de respuesta no fueran posibles ni viables, o, por motivos ambientales o de otra índole, no deseables, planteaba problemas.

62. En el seno del Grupo de Expertos hubo acuerdo, en general, en que la responsabilidad del Estado, cuando no actúa como operador, sólo debe invocarse en circunstancias estrechamente definidas. Por consiguiente, todos los miembros estuvieron de acuerdo en que un anexo, o anexos, sobre responsabilidad no debía crear una nueva responsabilidad para los Estados únicamente en razón de que el daño había sido causado por un operador dentro de su jurisdicción. Según el artículo 7 de la octava propuesta, un Estado parte sería responsable del daño causado por un operador sólo si el daño no hubiera ocurrido o no hubiera continuado si el Estado parte hubiera cumplido sus obligaciones en virtud del Protocolo y los anexos; pero esto es así sólo en la medida que la responsabilidad no haya sido satisfecha por el operador o de cualquier otra manera.

Véase, en general, el informe del Grupo de Expertos Jurídicos sobre la labor realizada para elaborar uno o varios anexos sobre la responsabilidad por daños ambientales en la Antártica, tema 9 del programa, XXII. ACM/WP1 (noviembre de 1997), págs. 1 a 14.

Hubo acuerdo, en general, en que la responsabilidad del Estado en virtud de un anexo sobre responsabilidad no debía exceder la responsabilidad de ese mismo Estado en virtud del derecho internacional en general.

63. Todos los miembros se manifestaron a favor de incluir exenciones de la responsabilidad por catástrofes naturales, conflictos armados y actos de terrorismo. En el artículo 8 de la octava propuesta se preveía también el seguro obligatorio u otros tipos de garantías financieras para las actividades que representen un riesgo para el medio ambiente. Las cuestiones de la limitación de la responsabilidad, el establecimiento de un fondo de protección del medio ambiente y el mecanismo de solución de controversias también fueron objeto de debates. El proyecto de los Estados Unidos se basa en el principio de la responsabilidad objetiva y trata, en particular, de las obligaciones relacionadas con las medidas de respuesta. El monto de la indemnización se calcularía sobre la base del costo de las medidas de respuesta tomadas por otros Estados. El proyecto dispone también exenciones y límites y se refiere al establecimiento de un fondo⁹⁶.

64. La necesidad de establecer un régimen de responsabilidad se examinó también en el contexto de los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados. Sobre la base del párrafo 3 del artículo 19 del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁹⁷, la Segunda Conferencia de las Partes en el Convenio decidió establecer un grupo de trabajo especial de composición abierta para elaborar un protocolo sobre seguridad de la biotecnología en relación con los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados. Aunque el protocolo tiene por objetivo establecer un procedimiento de acuerdo fundamentado previo, la mayoría de los países en desarrollo han insistido en que debe incluir también disposiciones sobre responsabilidad e indemnización⁹⁸. El Grupo de Trabajo ha celebrado seis reuniones, la última de las cuales tuvo lugar en Cartagena de Indias (Colombia), del 14 al 22 de febrero de 1999. En cuanto a la cuestión de la responsabilidad y la reparación, los países sostuvieron posiciones diversas que iban desde la responsabilidad objetiva del Estado hasta la no responsabilidad. Los países en desarrollo de Asia y África apoyaron la elaboración de disposiciones sobre responsabilidad e indemnización, pero países como los Estados Unidos y la Federación de Rusia, y algunos miembros de la Unión Europea insistieron en que el tiempo disponible para las negociaciones no era suficiente para incluir disposiciones detalladas sobre responsabilidad e indemnización en el protocolo. El Japón y la Argentina se opusieron a ese tipo de disposición. Aunque las negociaciones fracasaron respecto de otras cuestiones contenciosas, se llegó a una transacción en el sentido de que se decidió incluir una disposición relativa a la responsabilidad y la indemnización; la labor sobre esta disposición se completaría dentro de los tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del protocolo⁹⁹.

65. Desde que se concertó el Convenio de Basilea en 1989¹⁰⁰, se ha venido negociando un protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Hasta la

Véase *ibíd.*, págs. 14 a 16.

International Legal Materials, vol. 31 (1992), pág. 818.

UNEP/CBD/BSWG/1/4, de fecha 22 de agosto de 1996, pág. 17. Véase también la monografía del Dr. M. Gandhi titulada "Relationship between Discussions in the Bio-safety Negotiations and Work undertaken in relation to article 14 of CBD", presentada en el curso práctico organizado por el Reino Unido y la Comisión Europea en Londres, del 30 de junio al 2 de julio de 1998 (el Relator Especial tiene un ejemplar de esta monografía).

UNEP/CBD/ExCOP/1/2, proyecto de artículo 25, pág. 32.

Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, *International Legal Materials*, vol. 28, pág. 657.

fecha, el Grupo de Trabajo ha celebrado ocho reuniones y las negociaciones sobre el protocolo parecen estar a punto de concluir. Aunque parece no haber consenso sobre muchos aspectos relativos al ámbito y la aplicación del protocolo, hay acuerdo en que se aplicaría a los daños atribuibles a un incidente ocurrido durante un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos, o durante su eliminación. A ese respecto, no se han tomado decisiones en cuanto a la responsabilidad del Estado de exportación o del Estado de tránsito respecto de las remesas de desechos que han salido de la jurisdicción territorial del Estado de exportación. También está pendiente la cuestión de la responsabilidad por el tráfico ilícito de desechos. El problema de la imputación de la responsabilidad también ha sido objeto de opiniones encontradas¹⁰¹. Ahora bien, en la última sesión hubo consenso en que “el notificador” será responsable de los daños hasta que la documentación del movimiento haya sido firmado por el eliminador. A partir de ese momento, éste último será responsable de los daños. Si el Estado de exportación es el notificador, o si no se ha efectuado ninguna notificación, el exportador será responsable de los daños hasta que el eliminador haya firmado la documentación del movimiento. De allí en adelante, el eliminador será responsable de los daños. También hay desacuerdo en cuanto a la naturaleza y la finalidad del fondo o los fondos que se establecerán en virtud del protocolo. Mientras los países desarrollados propugnen un fondo de compensación establecido con la única finalidad de sufragar los gastos relacionados con el socorro de emergencia y las operaciones de en desarrollo desearían un fondo de compensación que cubriese las reclamaciones por pérdidas de bienes o vidas humanas y por daños al medio ambiente, además de un fondo separado para casos de emergencia. La naturaleza y la función de los seguros para cubrir las reclamaciones de indemnización también fueron objeto de debate¹⁰².

66. En muchos otros casos, no parecía que fuera posible discutir siquiera seriamente la cuestión de la responsabilidad¹⁰³. La tendencia general parece ser contraria a toda formulación del concepto de la responsabilidad del Estado, y sobre todo de la responsabilidad objetiva, aun cuando se la considere más adecuada para los problemas relacionados con la contaminación transfronteriza¹⁰⁴. Tras examinar la labor de la Comisión de Derecho Internacional y las opiniones expresadas por los gobiernos sobre el tema de la responsabilidad internacional, junto con la práctica existente en los Estados, un comentarista llegó recientemente a la conclusión de que “la búsqueda de

Véase la nota preparada por el Prof. G. Handl, “Comments on Draft Articles of a Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal” (UNEP/CHW.1/WG.1/5/L.1/Add.1).

Véase el proyecto de Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación dimanante de la octava reunión del Grupo de Trabajo especial de expertos jurídicos y técnicos del Convenio de Basilea encargado de examinar y elaborar un proyecto de protocolo sobre responsabilidad y compensación (UNEP/CHW.1/WG.1/8/5).

Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*), pág. 177.

En general, Argentina, Australia, Canadá, Brasil (con cautela), España, Irlanda, Jordania, los países nórdicos, República Democrática del Congo, Sierra Leona, Tailandia, Trinidad y Tabago, Uruguay y Venezuela parecen apoyar la supresión de la exención de diligencia debida. Además, Australia, Canadá y los países nórdicos parecen inclinarse por la responsabilidad objetiva. Para un análisis de las opiniones de los Estados, véase *ibíd.*, págs. 178 y 179 (notas 131 y 132). Véanse también las opiniones expresadas por los Estados mencionados más arriba en la Sexta Comisión durante el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General. Algunos comentaristas parecen inclinarse por un concepto de responsabilidad objetiva en cuestiones de daños transfronterizos, aprovechando las analogías con el derecho interno. Véase, por ejemplo, M. Bedjaoui, “Responsability of States: Fault and Strict Liability” en *Encyclopaedia of Public International Law*, *op. cit.* (nota 24 *supra*), vol. 10, pág. 361. Véase también Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), pág. 377.

fuentes a este respecto ha revelado que no hay tratados en vigor ni otras instancias de prácticas coherentes de los Estados que apoyen el criterio procesal de responsabilidad *sine delicto* previsto por los Relatores Especiales”¹⁰⁵.

V. Futuro seguimiento del tema de la responsabilidad: opciones

67. En vista de lo que antecede, las opciones para el futuro seguimiento de este tema parecen ser las siguientes:

a) Continuar examinando el tema de la responsabilidad y finalizar algunas recomendaciones. Quentin–Baxter, y últimamente más aún Barboza, han examinado un gran número de materiales. Un Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional ha preparado también proyectos de artículos;

b) Alternativamente, la Comisión podría suspender su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, al menos por el momento, hasta que se complete el examen del régimen de prevención en segunda lectura. La Comisión debiera esperar los resultados de las negociaciones sobre algunos de los protocolos relativos a la responsabilidad;

Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*), pág. 226. Para las opiniones de otros académicos, véase *ibíd.*, págs. 184 a 187 (notas 153 a 161). Por ejemplo, Schachter observa que “la responsabilidad internacional es un concepto esencial, aunque complicado, en relación con los daños ambientales transfronterizos ... Algunos órganos internacionales han procurado formular principios y procedimientos generales. Jurisconsultos internacionales han aportado muchos estudios analíticos y de políticas a tal fin. Los gobiernos, por su parte, han actuado con cautela. Han concertado sólo unos pocos acuerdos multilaterales que incorporan principios de responsabilidad e indemnización respecto de actividades particulares. La práctica de los Estados es escasa y las adjudicaciones internacionales son raras”. (*op. cit.* (nota 104 *supra*), pág. 375). Además, aludiendo al hecho de que varios abogados internacionales sostuvieron el argumento de la responsabilidad objetiva de los Estados en casos de accidentes desastrosos, observó que “algunas leyes nacionales habían separado la responsabilidad de los hechos ilícitos respecto de algunas esferas de daños ambientales (especialmente los actos muy peligrosos), pero los gobiernos todavía no estaban dispuestos a aceptarlo como principio general a nivel de la responsabilidad internacional” (*ibíd.*, pág. 378). Véanse también otras monografías sobre las posiciones jurídicas de países como Alemania, el Canadá, algunos países del Pacífico Sur, el Japón, Sudáfrica, el Reino Unido y Nueva Zelanda acerca de la responsabilidad (Asociación Internacional de Abogados, *op. cit.* (nota 68 *supra*)). Véase también Prue Taylor, *An Ecological Approach to International Law: Responding to Challenges of Climate Change* (Londres; Nueva York; Routledge, 1998), pág. 152. (Se ha manifestado un cierto apoyo para la responsabilidad objetiva en la práctica de los Estados y entre los especialistas. Ahora bien, probablemente la opinión prevaleciente sea que no se trata de una norma general de derecho internacional en el contexto de los daños transfronterizos.)

c) Por supuesto, hay también otra opción. La Comisión puede decidir dar por terminada su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional¹⁰⁶, a menos que la Asamblea General revise y renueve el mandato.

68. De las tres opciones, el Relator Especial recomienda que se considere la segunda con miras a su aprobación. Resulta claro que gran parte del material estudiado y examinado por Quentin-Baxter y por Barboza sobre responsabilidad internacional no ha sido considerado por la Comisión como una base suficiente para finalizar cualquier recomendación a este respecto. La situación no parece haber cambiado. La tendencia predominante entre los Estados se opone todavía a la aceptación de cualquier concepto de responsabilidad objetiva del Estado. Por lo tanto, la primera alternativa no parece en este momento más atractiva que hace algunos años.

69. Resulta igualmente claro que no es correcto ni apropiado rechazar de plano la posibilidad de tratar el tema de la responsabilidad internacional. Un rechazo categórico como éste crearía más confusión en cuanto a la ley aplicable en caso de perjuicios o daños reales ocurridos a través de fronteras internacionales o a nivel internacional, a causa de las actividades realizadas o permitidas por los Estados dentro de sus territorios o en otras zonas bajo su jurisdicción o control exclusivos. Esta opinión no tendría debidamente en cuenta la firme opinión de un grupo numeroso de Estados en favor de establecer un equilibrio entre los intereses del Estado de origen de las actividades peligrosas y los intereses de los Estados que probablemente resultarán afectados. Tampoco permitiría a la Comisión aprovechar las novedades que probablemente se producirán a este respecto.

Véase el examen de la literatura sobre responsabilidad internacional en el Harvard Law Review y su conclusión de que “no se pueden expresar expectativas legítimas sobre las consecuencias de la adopción o no adopción de medidas para los Estados que han ocasionado daños ambientales” (Editores del Harvard Law Review, “Trends in International Environmental Law” en L. Guruswamy, G. Palmer y B. Weston, eds., *International Environmental Law and World Order: A Problem-oriented Coursebook* (St. Paul, Minnesota, West Pub. Co., 1994), págs. 330 a 332). El profesor Brownlie, en un comentario sobre el concepto de responsabilidad por “actos lícitos” consideró que se trataba de “una interpretación fundamentalmente errónea”. Señaló además que “la naturaleza de la interpretación errónea era tal que el contagio podía inducir a una conclusión general respecto de los principios de la responsabilidad del Estado, ya que se refería a esos principios y no se limitaba a una cierta esfera de problemas. Gran parte de la responsabilidad de los Estados, aceptada desde hace mucho tiempo por gobiernos y tribunales, se refiere a categorías de actividades lícitas que han causado daños ... La búsqueda de principios que rijan la ‘responsabilidad’ por ‘actividades lícitas’ parece ir en contra de toda la experiencia jurídica existente ... En cualquier caso, la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales no apoyan el concepto de responsabilidad por actividades lícitas” (Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Parte I (Oxford, Clarendon Press, 1983), pág. 50). Véase también A. B. Boyle, “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 1 a 26. Según Dupuy, cabe recordar que “en derecho internacional general el uso del concepto de ‘diligencia debida’ se refiere a omisiones ilícitas por un Estado ... El derecho internacional sólo requiere que el Estado actúe con ‘diligencia suficiente’ o con ‘diligencia debida’. Esta es la medida de la responsabilidad internacional” (*op. cit.* (nota 56 *supra*, págs. 369 y 370)). El Juez Jiménez de Aréchega señaló en su conferencia de La Haya que “la Comisión de Derecho Internacional había decidido, con razón, no codificar simultáneamente la responsabilidad del Estado por actos ilícitos y las normas relativas a la responsabilidad por los riesgos resultantes de actividades lícitas, ya que ‘el examen conjunto de los dos temas sólo conseguiría dificultar su comprensión’. Varios miembros instaron a la Comisión a que iniciara lo antes posible la codificación de la responsabilidad del Estado resultante de los riesgos producidos por actos lícitos pero peligrosos. La dificultad de hacer una codificación de este tipo es que esta responsabilidad sólo resulta del derecho tradicional, no tiene ninguna base en el derecho consuetudinario o en los principios generales y, dado que trata de excepciones más que de reglas generales, no puede extenderse a esferas que no estén comprendidas en los instrumentos específicos” (*Recueil des Cours*, ... 1978-1, vol. 159, pág. 273). Respecto de las otras citas, véase Lefeber, *op. cit.* (nota 47 *supra*, pág. 191 (nota 40)).

70. Ahora bien, cuando la Comisión esté en condiciones de tratar el tema de la responsabilidad internacional, y si decide hacerlo, deberá adoptar una posición sobre varias cuestiones a fin de establecer adecuadamente un régimen de responsabilidad, entre ellas: las actividades comprendidas, el tipo de cobertura, la definición de daño, el establecimiento de patrones para medir los daños, la identificación de la persona (o personas) contra la que se debe presentar la reclamación, la determinación de la persona que puede presentar la reclamación, la designación del foro (o foros) ante el que deben presentarse las reclamaciones, la determinación de los remedios disponibles, la función del Estado en el pago de las indemnizaciones, las condiciones que rigen la responsabilidad del operador, las circunstancias que excluyen la responsabilidad, el requisito del seguro y otras garantías financieras, y los procedimientos para la solución de las controversias.

71. Para finalizar, cabe señalar también que en el presente informe no se intenta resolver la cuestión de la forma final de los proyectos de artículos sobre prevención. Se han hecho diferentes sugerencias, tanto en la Comisión como en la Asamblea General, que van desde una ley modelo o directrices hasta una convención. También se ha sugerido, como alternativa, una convención marco. Esta es una cuestión que la Comisión deberá decidir al final de este ejercicio, y no en este momento.

72. Asimismo, la cuestión relativa al procedimiento más adecuado para la solución de las controversias en relación con el tema de la prevención, planteada por algunos Estados¹⁰⁷, podría examinarse en relación con la segunda lectura de los proyectos de artículos sobre prevención.

Suiza, por ejemplo, entendió que el proyecto de artículo 17 sobre solución de controversias no era adecuado. Según ese Estado, si una controversia no puede resolverse por medio de una comisión de determinación de los hechos, el Estado parte debe tener derecho a incoar un procedimiento judicial que conduzca a una decisión obligatoria (A/C.6/53/SR.13, párr. 67).