



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/475
13 de mayo de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
48° período de sesiones
Ginebra, 6 de mayo a 26 de julio de 1996

DUODECIMO INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR
LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS
POR EL DERECHO INTERNACIONAL

por el

Sr. Julio BARBOZA, Relator Especial

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. LA PREVENCION	1 - 4	2
II. LOS PRINCIPIOS	5	3
III. LA RESPONSABILIDAD	6 - 31	3
A. El Plan esquemático	13 - 18	5
a) La prevención	15	5
b) La responsabilidad	16 - 18	5
B. El régimen del sexto informe	19 - 26	6
a) La prevención	20	6
b) La responsabilidad	21 - 26	7
C. El régimen del décimo informe	27 - 30	9
D. Las opciones de la Comisión	31	10

I. LA PREVENCIÓN

1. Como se recordará, ante cierta resistencia en la Comisión para aceptar el concepto de prevención "ex-post", esto es, lo relativo a medidas tomadas luego de acaecido un accidente, el Relator Especial, en su décimo informe 1/, dedicó un capítulo para explicar de la manera más clara posible su convicción de que tal tipo de prevención existía en la práctica internacional 2/. Remitimos a los párrafos 7 a 18 del décimo informe. Los párrafos 19 a 21, cuya lectura es indispensable, son comentarios de dos textos propuestos, el primero a ser insertado como párrafo e) del artículo 2 (Uso de los términos) y que definiría lo que allí se llaman "medidas de respuesta" y que no son otras que las de prevención "ex-post".

2. El texto era el siguiente:

e) Se entiende por "medidas de respuesta" aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo.

x) El daño a que se refiere el inciso y) incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado, así como los nuevos daños que tales medidas hubieren podido ocasionar.

(Se aclaraba que "x" e "y" representaban los números que correspondieran a los respectivos incisos en el ordenamiento final del artículo 2).

3. Procedimos así para evitar un impasse si la Comisión continuaba renuente a utilizar el término "prevención" para las medidas "ex-post", pero hicimos notar que llamarlas "medidas de respuesta" era llamarlas "de otra manera que todas las convenciones en la materia" 3/ que era el de "medidas de prevención", lo que no dejaba de ofrecer inconvenientes de magnitud.

4. Tenemos la impresión de que la Comisión fue sensible a la argumentación desplegada y que ahora acepta el concepto de la prevención "ex-post". Si ese fuera el caso, vuestro Relator Especial sugeriría que considerara ese texto en el presente período de sesiones y aceptara una redacción que abarque, tanto las medidas de prevención de incidentes (prevención "ex-ante") como la de prevención de peores daños una vez producido el incidente (prevención "ex-post"), como por ejemplo:

1/ A/CN.4/459.

2/ Se argumentaba que la prevención era siempre "anterior" al accidente y que la prevención "ex-post" era una contradicción en sus términos. Sucede que esa prevención está destinada a impedir accidentes, pero hay otra prevención dirigida a que los efectos de un accidente no alcancen su potencial máximo, es una prevención destinada a minimizar los efectos del accidente. Las medidas de este tipo han sido consideradas de prevención con unanimidad doctrinaria y en la totalidad de las convenciones que tratan de la responsabilidad por actos no prohibidos.

3/ Ver primera frase del párrafo 20 del citado informe.

e) Se entenderá por "medidas de prevención": i) las destinadas a prevenir o minimizar el riesgo de incidentes; ii) las medidas relacionadas con un incidente ya producido para prevenir o minimizar el daño transfronterizo que aquél puede ocasionar.

Luego, un inciso que podría figurar bajo la letra g) del mismo artículo, a continuación de la definición del daño, que diga que:

"El daño a que se refiere el párrafo anterior incluye el costo de las medidas preventivas del párrafo e) ii), así como cualquier daño adicional que tales medidas pudieren haber causado."

II. LOS PRINCIPIOS

5. La Comisión aprobó en el período de sesiones anterior los principios de los artículos A a D (6 a 10 de la numeración que se propone un poco más adelante), pero no pudo considerar el de no discriminación por no haber sido examinado aún en el Comité de Redacción. Sería conveniente que en el actual período, dicho Comité se expidiera sobre el principio mencionado para completar provisionalmente el capítulo correspondiente.

III. LA RESPONSABILIDAD

6. Quedan aún por considerar dos informes completos del Relator Especial: el décimo relativo al daño ambiental y el decimoprimer, que propone un sistema de responsabilidad por daños transfronterizos causados. Ambos fueron objeto de opiniones preliminares por parte de la Comisión, que decidió, sin embargo, dedicar el tiempo que hubiera insumido la consideración en Plenario de tales informes para que el Comité de Redacción examinara algunos de los artículos del tema que tenía en su agenda, y que en efecto aprobó.

7. En opinión del Relator Especial ha llegado, entonces, el momento de tratar lo que constituye el meollo del tema, o sea la responsabilidad. Si bien es cierto que el daño ambiental es un interesante ítem, también lo es que, en suma, la Comisión tendrá que decidirse simplemente por su mayor o menor extensión, ya que en principio ha aceptado que el daño ambiental debe integrar el concepto de daño.

8. Habiéndose agotado, por lo menos por ahora, el tema de la prevención, la Comisión debe atenerse a lo resuelto el 8 de julio de 1992, esto es: "... la Comisión decidió que se entendiera que el tema comprendía las cuestiones de la prevención y de las medidas de reparación. Sin embargo, la prevención debía estudiarse en primer lugar; sólo después de haber completado su trabajo sobre la primera parte del tema procedería la Comisión a ocuparse

de la cuestión de las medidas de reparación. Estas medidas podían incluir en este contexto las encaminadas a aminorar el daño, rehabilitar la cosa dañada e indemnizar el daño causado" 4/.

9. La Comisión no puede posponer esta tarea ineludible, so pena de incurrir en una negligencia en cuanto al mandato de la Asamblea General, particularmente cuando ella misma reconoció en el período anterior que la vital tarea de identificar las actividades que se incluyan en el proyecto "dependerá de las disposiciones sobre prevención que haya aprobado la Comisión y de la naturaleza de las obligaciones sobre la responsabilidad que la Comisión desarrolle" 5/.

10. Lo que la Comisión debe resolver en este período de sesiones son las grandes líneas del sistema que quiere aplicar a la responsabilidad por los actos no prohibidos. En las páginas que siguen se desarrolla el régimen del Plan Esquemático del profesor Quentin-Baxter, así como los que se sugieren en el sexto 6/ y en el décimo informes del actual Relator Especial, que son en definitiva las tres alternativas hasta ahora propuestas y sobre las que la Comisión no se expidió aún. Lo que el Relator Especial sugiere hacer en este período es estudiar simplemente lo esencial de tales sistemas de responsabilidad, para lo que en cada caso indica los artículos y párrafos de los respectivos informes cuya lectura es indispensable. Los colegas de la Comisión podrán asimismo leer el resto del articulado propuesto en cada informe sobre la responsabilidad, para tener una idea de cómo podría funcionar cada uno de los regímenes que se someten a su consideración.

11. Sugerimos, entonces, la lectura a) del anexo al cuarto informe 7/ del Relator Especial, Sr. Quentin-Baxter y si se quiere, ampliar con la lectura del informe completo; b) de los capítulos IV y V del sexto informe del actual Relator Especial, en particular los artículos 21 y 23, así como 28 a 31, que definen el sistema; c) del décimo informe, en particular una cuidadosa consideración de los capítulos III (íntegro) y IV (secciones A, B y C) con los correspondientes artículos que allí se incluyen.

12. En los siguientes desarrollos, sólo incluiremos en el texto principal los conceptos básicos y dejaremos para notas de pie de página las aclaraciones y los conceptos complementarios. Eso explica la considerable cantidad de notas que los lectores encontrarán.

4/ Anuario..., 1992, vol. II (Segunda parte), párr. 345.

5/ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/50/10), párr. 409.

6/ Anuario..., 1990, vol. II (Primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1.

7/ Anuario..., 1983, vol. II (Primera parte), A/CN.4/373.

A. El Plan esquemático

13. El régimen del Plan esquemático está sólo esbozado, pero la Comisión encontrará en él los elementos de juicio necesarios para su decisión y para un desarrollo posterior, si lo prefiere. Algunos de los artículos del sexto informe también podrían servir para tener una idea de cómo podría desarrollarse esta parte del Plan esquemático.

14. Se aplica a las actividades realizadas en el territorio bajo el control de un Estado que causen o puedan causar una pérdida o daño a personas o cosas que se encuentran en el territorio o bajo el control de otro Estado. O sea, que las actividades de nuestro artículo 1 estarían comprendidas en el plan y a ellas se aplicarían sus disposiciones.

a) La prevención

15. La violación de las obligaciones de prevención no acarrea sanción alguna, según el punto 8 de la sección 2. O sea, no hay responsabilidad por hecho ilícito en ese proyecto.

b) La responsabilidad

16. Si se produce un daño transfronterizo y no existe acuerdo anterior entre los Estados interesados sobre sus derechos y obligaciones, éstos se rigen por el Plan esquemático. Hay una obligación de negociar de buena fe tales derechos y obligaciones.

17. La sección 4 establece en su punto 2 que el Estado autor -o sea, el Estado de origen- dará una reparación al Estado afectado 8/. El quantum de la reparación debida se determina por varios factores 9/.

18. Las ideas generales del esquema son, entonces, las siguientes:

8/ Esta obligación, sin embargo, está sujeta a una condición que no encontró apoyo alguno en la Comisión: que la reparación de un daño de esa índole y carácter responda a las expectativas compartidas de los Estados interesados. Sobre el concepto y efecto de tales expectativas, véanse los puntos 2, 3 y 4 de la sección 4.

9/ Entre ellos, las llamadas "expectativas compartidas", los principios que enuncia la sección 5 -notablemente que, de ser compatible con estos artículos, no se deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado-, el carácter razonable del comportamiento de las Partes y las medidas de prevención del Estado de origen. También juegan un papel los factores de la sección 6 (algunos de ellos adoptados en nuestro artículo 20) y las cuestiones de la sección 7, que quedaron abiertas para la consideración de la Comisión, pero que son muy vagas dado el carácter preliminar del Plan esquemático.

- a) Recomendaciones a los Estados sobre la prevención de incidentes por actividades "que causen o puedan causar" daños transfronterizos. En particular, que elaboren un régimen jurídico vigente entre los Estados interesados para regir la actividad.
- b) Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos causados por actividades peligrosas 10/.
 - i) Carácter de la responsabilidad. Sine delicto, desde que los actos no son prohibidos por el derecho internacional 11/.
 - ii) Atenuación de la responsabilidad: aunque, en principio, la víctima inocente no debe soportar el daño causado, el carácter y monto de la reparación debe ser negociado de buena fe entre las partes, teniendo en cuenta una serie de factores que pueden disminuir el quantum.

B. El régimen del sexto informe

19. El sexto informe propone un articulado casi completo del proyecto.

a) La prevención 12/

20. El artículo 18 les quita a las obligaciones de prevención carácter de "duras", desde que no otorga al Estado afectado ninguna acción de tutela 13/. Aunque más detallado, el proyecto del sexto informe no se aparta casi del Plan esquemático tocante a la prevención.

10/ Aunque el esquema deja abierta (sección 7.11.1) la posibilidad de que por decisión de las Partes en la negociación haya otra decisión respecto a quien corresponde la responsabilidad directa y subsidiaria y de si la responsabilidad de algunos autores debe hacerse recaer en otros sujetos.

11/ Aunque el esquema deja abierta (sección 7.11.1) la posibilidad de que por decisión de las Partes en la negociación haya decisión respecto a quién corresponde la responsabilidad directa y subsidiaria y de si la responsabilidad de algunos autores debe hacerse recaer en otros sujetos.

12/ Las disposiciones relativas a notificar a los Estados afectados, informarlos respecto a la actividad peligrosa y consultar con ellos lo relativo a un régimen desarrollan y perfeccionan los conceptos enunciados en el Plan esquemático.

13/ A menos, naturalmente, que semejante acción estuviera prevista en otro convenio entre las mismas Partes.

En todo caso, habría una forma de sanción por incumplimiento. Si en algún momento posterior a dicho incumplimiento, sobreviene un daño transfronterizo sensible la sanción consistiría en que, en tal caso, el Estado que no cumplió no podría invocar las disposiciones del artículo 23, que le permiten obtener ajustes favorables en las indemnizaciones.

b) La responsabilidad

21. Hay una responsabilidad sine delicto del Estado por daño transfronterizo que se traduce, también aquí, como una mera obligación de negociar la determinación de las consecuencias jurídicas del daño con el Estado afectado o Estados afectados. Los Estados interesados deben tener en cuenta que, en principio el daño debe ser íntegramente compensado, aunque el Estado de origen puede reclamar una reducción de las prestaciones a su cargo en ciertos casos (art. 23) 14/.

22. Hasta ahora, el proyecto no se aparta de las líneas generales del Plan esquemático. El Relator Especial pensó, sin embargo, que la práctica internacional exhibía una tendencia innegable a introducir, en actividades específicas, la responsabilidad civil por daños transfronterizos causados y que por ende debía someter esta posibilidad a la Comisión 15/.

23. Por tal razón, y al lado de la responsabilidad del Estado, que se ejerce por la vía diplomática, el proyecto trae lo que llama la vía interna, o sea el recurso de las víctimas a los tribunales de derecho interno 16/. Sólo se

14/ Por ejemplo, si el Estado de origen hubiera adoptado medidas precautorias con el exclusivo objeto de prevenir el daño transfronterizo, podría pedir una reducción en la indemnización. Para ilustrar lo anterior, piénsese en una industria ubicada en la frontera, aguas arriba de un río de curso sucesivo, que envía desechos al agua y, por consiguiente, sólo afecta al ribereño inferior y no al propio curso del río (art. 23).

15/ En la práctica internacional examinada, esta responsabilidad civil no admitía paralelamente una responsabilidad del Estado sino en forma subsidiaria, o sea cuando ni el operador ni su seguro podían completar el monto de la indemnización fijada. En tal caso, intervenía el Estado (convenciones nucleares; ver décimo informe, párrafos 24 a 29 inclusive). Posteriormente, en proyectos como el relativo a la Convención de Basilea, se sometió la obligación del Estado de completar la indemnización a la condición de que el daño no se hubiera producido si no hubiera mediado el incumplimiento del Estado (causalidad indirecta).

16/ Para que la vía interna pudiera coexistir con la diplomática, hacían falta dos disposiciones: a) una que permitiera al Estado afectado iniciar la reclamación diplomática sin tener que agotar los recursos internos del Estado de origen (artículo 28, a), porque en tal caso la vía interna sería obligatoria y sólo procedería la vía diplomática en los casos previstos en el derecho internacional general, como si hay denegación de justicia, y b) otra que impidiera al Estado de origen ampararse en sus inmunidades de jurisdicción, [] (artículo 28, b) porque si así lo hiciera, allí terminaría también la vía interna. Sólo se respeta la inmunidad de jurisdicción que ampara a la ejecución de la sentencia.

intentaba una mínima reglamentación de la vía interna, como se explica en los párrafos 62 y 63 17/.

24. Resumiendo, las líneas generales del régimen propuesto en el sexto informe son las siguientes:

1. Recomendaciones a los Estados sobre la prevención de incidentes, y sobre todo para que elaboren un régimen jurídico entre ambos que rija la actividad.
2. Responsabilidad del Estado por daños transfronterizos causados por actividades peligrosas.
 - 2.1. Carácter de la responsabilidad: sine delicto (objetiva, causal) desde que los actos que la originan no son prohibidos por el derecho internacional.
 - 2.2. Atenuación de la responsabilidad: aunque, en principio, la víctima inocente no debe soportar el daño causado, el carácter y monto de la reparación debe ser negociado de buena fe entre las partes, teniendo en cuenta una serie de factores que pueden disminuir el monto.
3. Además de la vía diplomática de Estado a Estado, se abre una vía interna accesible para los individuos o entidades privadas y para el Estado afectado.
 - 3.1. Electa una vía para una reclamación determinada, no puede intentarse la otra sobre la misma reclamación.
 - 3.2. Carácter de la responsabilidad: el que estableciera el derecho interno del Estado del tribunal competente.

25. Como las medidas de prevención no son obligatorias, no existe responsabilidad por su violación y por ende no hay responsabilidad por hecho ilícito del Estado. Por consiguiente, no coexisten para un mismo incidente la responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad sine delicto.

26. El Relator Especial advierte sobre dos características del sistema de su sexto informe. El primero es que si el Estado afectado sabe que sus súbditos pueden acudir a la vía interna, puede ser muy renuente en iniciar la vía diplomática. El segundo es que se deja librada a la ley interna la

17/ Por ejemplo, no establecía que la responsabilidad debía ser sine delicto (causal, objetiva, estricta) sino que se remitía, en cuanto a las normas de fondo, a la ley nacional aplicable, o sea la del tribunal finalmente con competencia. Se pedía que los Estados Partes dieran competencia a sus tribunales, a través de sus propias legislaciones, para entender en demandas del tipo permitido en el artículo 28, b) y acceso a sus tribunales a los Estados o a las personas físicas o jurídicas afectadas, (artículo 29, a)) además de establecer en sus sistemas jurídicos los recursos que permitan una pronta y adecuada indemnización (artículo 29, b)).

determinación del tipo de responsabilidad. Esto último puede modificarse fácilmente, incluyendo en los artículos la responsabilidad sine delicto a cargo del responsable.

C. El régimen del décimo informe

27. Conviene recordar que: 1) como dijimos antes, la Comisión categóricamente no aceptó que las obligaciones de prevención fueran "blandas". Por ende, su violación acarrea una responsabilidad del Estado por hecho ilícito; 2) esto origina una singularidad extrema de estos artículos y no pocas dificultades, pues debe forzosamente coexistir la responsabilidad del Estado por violación de sus obligaciones de prevención con una responsabilidad sine delicto para el pago de indemnizaciones por daño causado.

28. Si la indemnización por el daño causado sólo precediera por hecho ilícito, esto es, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de prevención del Estado 18/ nada en el proyecto se relacionaría con la responsabilidad por los actos no prohibidos por el derecho internacional. Obligaríamos a la víctima inocente cargar con el onus probandi y la dejaríamos sin remedio alguno cuando el daño fuese causado por un acto no prohibido como consecuencia de una actividad peligrosa (pero lícita). No aplicaríamos a las indemnizaciones por daños causados por actividades peligrosas el régimen de responsabilidad que es cada vez más extendido en el mundo para esas actividades: el de la responsabilidad sine delicto. Quedaría así totalmente descubierto el terreno para el cual se creó el tema en la Comisión, o sea el de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

29. Sin duda alguna, hay que someter la reparación del daño transfronterizo por actos no prohibidos a alguna forma de responsabilidad sine delicto. En el Plan esquemático hay una responsabilidad de ese tipo a cargo del Estado, aunque considerablemente atenuada por estar sujeta a negociaciones entre los Estados interesados y a eventuales reajustes. En el sexto informe se sigue la misma solución, a la que se agrega la posibilidad de que los damnificados recurran a la vía interna. Debe leerse con particular atención el capítulo III del décimo informe, párrafos 23 a 30 inclusive.

30. En resumen, el siguiente es el sistema propuesto en el décimo informe:

18/ Decimos "casi" exclusivamente, porque también habría un régimen de ilicitud si no se cumple la obligación de indemnizar emergente de la responsabilidad "sine delicto", obligación que pertenece, como es sabido, a la norma primaria. Pero un régimen de responsabilidad por ilicitud del Estado sólo cabría en los casos de responsabilidad subsidiaria de éste: ya sea directamente si se establece una responsabilidad subsidiaria sólo por las indemnizaciones que correspondan a daños que no hubiesen ocurrido sin el incumplimiento de alguna de sus obligaciones de prevención (causalidad indirecta, régimen del proyecto de protocolo a la Convención de Basilea) o bien indirectamente si el Estado debe completar las cantidades faltantes por defecto del explotador o su seguro (régimen de las convenciones nucleares de Viena y de París) y no cumple con esa obligación.

1. Obligaciones de prevención de incidentes a cargo del Estado. Hay responsabilidad del Estado por su incumplimiento.
2. Carácter de la responsabilidad del Estado: por hecho ilícito, con las características y consecuencias del derecho internacional (artículo A).
3. El pago de indemnizaciones por daños transfronterizos causados es a cargo del explotador. Carácter de esta responsabilidad: sine delicto 19/.

D. Las opciones de la Comisión

31. a) Las decisiones ya tomadas por la Comisión en cuanto a la prevención no dejan otra alternativa que una responsabilidad del Estado por hecho ilícito.
- b) En cuanto a alguna forma (atenuada o no) de responsabilidad sine delicto, no le queda a la Comisión sino introducirla en el proyecto, a menos que renuncie al mandato que le dio la Asamblea General (responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de los actos no prohibidos por el derecho internacional). Podrá atribuírsela al Estado (Plan esquemático), al operador (décimo informe) o según elección del actor, al Estado o al operador (sexto informe), con algunas eventuales modificaciones de detalle.
- c) La responsabilidad subsidiaria del Estado podrá resolverse una vez que se hayan articulado los dos puntos anteriores.

19/ De esta forma, el Estado se hace cargo de todas las consecuencias del hecho ilícito (cesación, satisfacción, garantías de no repetición, ver párrafos 31 a 41), pero no de la indemnización, que se pone siempre a cargo de los operadores privados, aun cuando coexistan con incumplimiento de las obligaciones de prevención del Estado. La responsabilidad del explotador es sine delicto, ya que se origina en actos no prohibidos por el derecho internacional y reparan el daño material causado por una actividad peligrosa del artículo 1.