

LA RESPONSABILIDAD *SINE DELICTO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Por JULIO BARBOZA*

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) dio término, en el año 2006, al tema de la responsabilidad por hechos¹ no prohibidos por el derecho de gentes. Originalmente concebido como un único tema, se transformó finalmente en un par de proyectos relativos a las actividades que conllevan un riesgo inherente de causar daños transfronterizos, enfocado el uno en la prevención del daño transfronterizo y en la responsabilidad por la efectiva producción del daño el otro.

Básicamente, el tema se refería a una responsabilidad sin hecho ilícito, como lo indica su título original². Si bien hace tiempo que los principales sistemas jurídicos del mundo han incorporado esta responsabilidad, no tiene aún carta de ciudadanía en el Derecho Internacional general. En cambio, en una importante cantidad de tratados multilaterales, (Derecho Internacional particular) formas de esa responsabilidad han sido adoptadas para regir actividades consideradas peligrosas, pero de interés y beneficio social.

Circunstancias especialmente difíciles acechaban al tema en la Comisión de Derecho Internacional, debido principalmente a la renuencia de los Estados

* Ex profesor titular interino de la Facultad de Derecho de la UBA, ex Consejero legal de la Cancillería, ex miembro, relator especial y presidente de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ex juez y presidente del Tribunal Administrativo de la ONU, ex profesor visitante de la *Academie de Droit International de La Haya*.

¹ La Comisión prefirió “hechos” en lugar de “actos” lícitos o ilícitos porque los “actos” requieren participación de la voluntad y además en opinión de muchos miembros, no comprendía las omisiones. La versión inglesa conservó, sin embargo, la expresión *acts* porque los miembros de esa habla aseguraron que en inglés *acts* las incluía. El presente autor tiene alguna reserva respecto a la corrección del concepto “transfronterizo”, por no ser suficientemente abarcativo de todas las posibilidades de daño del tipo que intenta mentar. Por ejemplo, el daño producido por una actividad en un buque de cierta bandera con respecto al territorio de otro Estado, o a otro buque de bandera diferente, donde no hay técnicamente hablando “fronteras”. Tal vez “transjurisdiccional” fuera mejor. En todo caso es una cuestión semántica.

² Responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibido por el Derecho Internacional.

en aceptar para sí compromisos de carácter general³, especialmente en un terreno considerado nuevo. La tendencia predominante en la práctica interestatal era ya entonces claramente favorable a las convenciones multilaterales sobre actividades específicas, en las que se establecía la responsabilidad de los explotadores pero raramente la del Estado de origen de la actividad. Una convención general que contuviera principios aplicables a todas las actividades de riesgo venía, entonces, a contrapelo de la preferencia mayoritaria de los Estados⁴ y en primer lugar, de aquellos que eran actuales o potenciales contaminadores. Durante el examen del proyecto de la responsabilidad por hechos ilícitos la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas tropezó en 1973 con esta forma de responsabilidad y creó un tema nuevo con el título indicado (Nota 2).

I. LA RESPONSABILIDAD SINE DELICTO

En Derecho, la responsabilidad por un daño puede nacer *ex delicto*, o *sine delicto*, según que el daño se haya o no producido por la violación de una obligación. La primera, tras vacilaciones y un proceso de codificación que duró alrededor de cuarenta años⁵, es ya sin duda parte del Derecho Internacional general y encuentra expresión en los artículos incorporados a la Res. AGNU 56/83. La segunda no tiene carta de ciudadanía en el Derecho general, al menos para la doctrina más ortodoxa y para la *opinio iuris* de los Estados, pero campea en el Derecho particular en convenciones multilaterales que reglan actividades específicas, como el transporte de petróleo por mar, su explotación *off shore*, la producción de energía —en particular de energía nuclear— el transporte de materiales nucleares, el lanzamiento de objetos al espacio cósmico, el depósito y transporte de desechos peligrosos u otras sustancias nocivas, tanto como ciertas industrias accidentalmente contaminantes⁶.

Ha sido la aparición del riesgo transfronterizo, hijo de las modernas tecnologías, el que ha traído consigo la necesidad de normas que consagren responsabilidad internacional por actividades que el Estado permite en su derecho interno. Cuando estas producen daños transfronterizos, nace una cierta contradicción: la soberanía territorial favorece, por un lado, al Estado *de origen* de

³ Si bien es cierto que la Comisión carece de un poder legislativo, y por ende no puede imponer tales compromisos a los Estados, sus productos han sido consagrados en múltiples convenciones multilaterales y constituyen, muchas veces, la base de nuevas normas generales del Derecho Internacional.

⁴ La Convención de Lugano, redactada con el patrocinio del Consejo de Europa, es la única que se ocupa, con un enfoque general, de la responsabilidad por actividades peligrosas para el medio ambiente, y no obstante haber sido acordada hace ya tiempo, no ha alcanzado un número de ratificaciones que aliente esperanzas sobre su futura entrada en vigor.

⁵ O más de setenta, si se considera la Conferencia de La Haya de 1930, que trató el tema infructuosamente.

⁶ El manejo y transporte de organismos vivos genéticamente modificados se incluye, según algunas opiniones, dentro del grupo de actividades de riesgo.

la actividad, quien tiende a desechar cualquier interferencia con su libertad de permitir actividades dentro de su territorio. Pero esa misma soberanía permite al Estado *afectado* alegar la intangibilidad de su integridad territorial, perjudicada por la interferencia dañosa⁷: compatibilizar ambas caras de la territorialidad es, entonces, un imperativo lógico (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) y una forma de hacerlo es a través de la responsabilidad, pero no de cualquier forma de responsabilidad, sino de la *sine delicto*, que hace posible el *desideratum* de una reparación *pronta* y es más flexible en su aplicación.

Si bien los rasgos de esta responsabilidad no pueden describirse según el Derecho general, donde no existe un cuerpo normativo que lo aplique, podemos intentarlo a través del análisis de las convenciones en que habita.

Una primera reflexión es que su diferencia respecto a la responsabilidad por hecho ilícito es innegable. Por de pronto, el daño que la desencadena puede ser causado por la actividad de personas privadas y no por un Estado. En ese caso, y, como por definición no proviene de un hecho ilícito, no estaría presente ninguna de las dos condiciones con que el art. 2 del texto de 2001, incorporado a la Res. AGNU 56/83, caracteriza a la responsabilidad *ex delicto* del Estado⁸.

Hay también alguna desprolijidad terminológica a su respecto. Suele llamársela, algo indistintamente, “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad sin culpa”, a veces también “responsabilidad por riesgo” o “causal”. Los dos primeros términos, aunque correctos, son ambiguos: es objetiva en cuanto no puede haber culpa⁹ sin violación de obligación. Pero también puede ser objetiva la responsabilidad *ex delicto*, cuando la *violación* de la obligación se configura sin exigencia de culpa, por ejemplo cuando se requiere un cierto número de extinguidores de incendio en una construcción, o que los tabiques tengan un cierto espesor, etc. Las obligaciones en que la culpa es irrelevante para su violación son, en realidad, mayoría en el Derecho Internacional¹⁰.

En la especie *sine delicto* dentro del género objetivo, el riesgo reemplaza a la infracción¹¹ y el remedio para el daño en la norma primaria no tiene carácter

⁷ Es el mismo dilema de la doctrina Harmon llevado a la generalidad del riesgo transfronterizo.

⁸ En el segundo caso, esto es, cuando el daño es producido por un hecho del Estado, le faltaría todavía a éste la condición fundamental de ser ilícito. El texto del artículo mencionado es el siguiente: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: (a) es atribuible al Estado según el Derecho Internacional; y (b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Una completa descripción de las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad puede encontrarse en BARBOZA, Julio, “Sine delicto (causal) liability and responsibility for wrongful Acts in international law”, en la publicación de la *CDI: International law on the eve of the twenty-first century* Nueva York, 1997, ps. 317/328.

⁹ O sea, no hay elemento subjetivo.

¹⁰ Más aún, en doctrina internacional no hay un consenso claro sobre lo que sería la culpa del Estado.

¹¹ En el caso de la responsabilidad por riesgo, que es la forma en que ocurre la enorme mayoría de los casos de responsabilidad *sine delicto*, como veremos.

de sanción, sino de prestación cuyo cumplimiento evita la entrada en funcionamiento de la norma secundaria. No pagar la indemnización equivaldría a violar la norma primaria y gatillar la norma secundaria, (responsabilidad por hecho ilícito).

La responsabilidad por riesgo conforma la gran mayoría de casos de responsabilidad *sine delicto* en Derecho, pero hay otros en que el riesgo no juega ningún papel¹². Pero fue el asunto del riesgo lo que motivó, en la CDI, su separación del tema de la responsabilidad por hecho ilícito, comenzando por las llamadas por Jenks “actividades ultra peligrosas”¹³, como las nucleares o las espaciales.

Consideraciones pragmáticas prevalecen en la responsabilidad *sine delicto*: pronta indemnización por daños causados —imposible si debe probarse la culpa—, viabilidad económica de las actividades y para ello reparaciones no necesariamente integrales¹⁴, *canalización* de la responsabilidad hacia ciertas personas (normalmente, el explotador)¹⁵, creación de fondos indemnizatorios solventados por entidades que no guardan relación con el accidente¹⁶, etc.

Pero hay también razones de justicia distributiva, que exige la *internalización* de tales daños, esto es, que se impongan a la entidad que se beneficia con la actividad que conduce y no sobre víctimas ajenas a la empresa. En resumen, que ciertas actividades de riesgo pero útiles socialmente reclaman, por razones pragmáticas y de justicia, un régimen jurídico que les permita continuar, a pesar del daño que eventualmente causen, sin imponer cargas indebidas a las víctimas y sin deteriorar el medio ambiente.

Algunos juristas internacionales, como R. Ago y R. Quadri reservan el nombre de responsabilidad a la originada en el hecho ilícito y consideran a la *sine delicto* como una garantía por los eventuales daños del riesgo inherente a la actividad: sólo conciben la responsabilidad dentro del dominio de las

¹² Por ejemplo, en el caso del art. 110 de la Convemar, en que el buque de guerra es responsable por los daños que pudo causar la visita si el buque visitado no estaba en infracción. En derecho interno puede citarse la responsabilidad del posadero o de las compañías de transporte por los equipajes, etc.

¹³ En inglés, *ultra-hazardous*, o sea aquellas que oscilan entre una probabilidad alta de causar un daño fronterizo simplemente significativo y una baja de causar un daño catastrófico.

¹⁴ Esto es, menores que la *restitución integral* de la célebre decisión de la Corte Permanente en el caso de la usina de Chorzow. “Chorzow Factory Case”, PCIJ, Series A, nro. 17, 1928, ps. 47/48.

¹⁵ Entre otras razones porque es quien se encuentra en mejor posición para transferir sus costos a la sociedad en general mediante el aumento del precio de sus productos. Se completaría así el círculo: el daño causado a particulares por una actividad útil a la sociedad termina siendo pagado por la sociedad, o al menos por una parte de ella.

¹⁶ Aunque sí, desde luego, con la actividad, como por ejemplo los importadores o exportadores en el caso del petróleo, etc.

normas secundarias¹⁷, que entran en funcionamiento por la violación de las obligaciones primarias¹⁸.

La llamada *strict liability* del derecho anglo-norteamericano parece ser, en principio, una responsabilidad objetiva por hecho ilícito, desde que su lugar está entre los llamados *torts*¹⁹, o sea en conductas que contravienen alguna obligación, en este caso sin que importe el componente subjetivo de la culpa. Sin embargo, de acuerdo al derecho estatutario (*statute law*, o sea las leyes dictadas por el Parlamento a diferencia del *common law*, o derecho consuetudinario²⁰), corresponden indemnizaciones por accidentes del trabajo sin que ello implique violación de obligación alguna por parte del patrón o del empleado. La *strict liability* parecería ser una forma de responsabilidad objetiva (sin culpa) en sus dos ramas (*sine y ex delicto*)²¹.

II. EL PROYECTO EN LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

I. Introducción

La primera preocupación de la CDI cuando, en el tratamiento de la responsabilidad por hechos ilícitos tropezó con la *sine delicto*, fue sacarla del medio. La Comisión había acordado desde el principio que en la definición de la responsabilidad *ex delicto* era menester una fórmula que no prejuzgara sobre la existencia de responsabilidad por hechos lícitos. Así se dejaba un espacio

¹⁷ Hay varias tentativas filosóficas destinadas a distinguir las normas jurídicas según sus características. Kelsen ya hablaba de reglas primarias y secundarias, y también lo hacía H.L.A. Hart, aunque diferenciándolas según criterios distintos a los de la CDI. Carlos Cossio retomó la clasificación kelseniana pero concebía una sola norma con dos trechos, la perinorma y la endonorma, unidos por la conjunción “o” que reflejaba la libertad humana en la lógica jurídica trascendental.

¹⁸ Como es sabido, en el Derecho Internacional clásico no había un capítulo de responsabilidad como tal, sino solamente de la que surgía del tratamiento a extranjeros en el territorio nacional. Este capítulo comprendía las obligaciones primarias de los Estados a este respecto —lo cual no sería responsabilidad— así como las consecuencias de su violación, que sí sería materia de responsabilidad del Estado, aunque quedaran afuera porciones de responsabilidad originadas en fuentes distintas del tratamiento a extranjeros. No había, en suma, una teoría general de la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional. Mediante la distinción entre normas primarias y secundarias la CDI, bajo la batuta de Roberto Ago, extrajo a la responsabilidad *ex delicto* de su prisión en la protección diplomática y la ubicó en su real *habitat* de las obligaciones secundarias.

¹⁹ Reminiscente de nuestra palabra castellana “entuerto”, o sea, lo torcido, lo que es contrario a derecho. Recordar que el diptongo “ue” se transforma muchas veces en una simple “o”, como en “orfandad” de “huérfano” o en “oval” de “huevo”.

²⁰ En opinión del autor, más que consuetudinario, el *common law* parece ser un derecho judicial, puesto que el original derecho consuetudinario pasó, durante siglos, por el filtro de los tribunales que lo interpretaron, lo sistematizaron y le dieron su contenido actual.

²¹ En la *strict liability sine delicto* la culpa no existe puesto que no hay violación de obligación, en la *strict liability ex delicto* la culpa puede existir, pero no es relevante.

para tratar un proyecto sobre responsabilidad *sine delicto* separadamente, por las razones del ya famoso párrafo del informe de la CDI del año 1973:

En vista del fundamento completamente distinto de la llamada responsabilidad por riesgos y de la naturaleza diferente de las normas que la prevén y habida cuenta de su contenido y de las formas que puede adoptar, un examen conjunto de ambas cuestiones no podría sino hacer más difícil la comprensión de una y otra²².

El mandato de la Asamblea General y el informe del Grupo de trabajo encargado de dar una opinión preliminar sobre el nuevo tema confirmaron esa línea. Para el Grupo de trabajo, la relación más fundamental del proyecto era con la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos y, por ende, había que aclarar esa relación. Se decidió, además, que lo *sine delicto* debía encararse en términos de normas primarias: tales bases lo hacían adecuado para su codificación y desarrollo progresivo.

La CDI se lanzó a esa tarea con un considerable número de sus miembros —y de Estados de la Sexta Comisión de la AG— escépticos tocante la existencia de normas de responsabilidad *sine delicto* en el Derecho Internacional general y consecuentemente opuestos a su codificación. Pero si la codificación carecía de contenido por falta de normas consuetudinarias, todavía quedaba el desarrollo progresivo como meta del art. 13, 1 (a) de la Carta de las Naciones Unidas para la Comisión y ésta optó *volis nolis*, por hacerse cargo de reglar el riesgo en el Derecho Internacional.

Dos caminos se abrían: el de intentar un comprensivo conjunto de normas o el de un escueto número de principios que pudieran ser desarrollados por la práctica de los Estados²³. Lo primero se impuso por influencia del llamado “plan esquemático”²⁴, —que traía ya un procedimiento relativamente complejo— y por contribuciones posteriores de diferentes sectores de la Comisión, incorporadas en la esperanza de algún consenso. Pero la tendencia era claramente favorable a las convenciones particulares sobre actividades especí-

²² Y agrega: “El hecho de verse obligado a asumir los posibles riesgos del ejercicio de una actividad de por sí legítima y el hecho de tener que afrontar las consecuencias, no limitadas necesariamente a una reparación, que entraña la violación de una obligación jurídica, no son situaciones comparables. Sólo la pobreza relativa del lenguaje jurídico hace que se utilice habitualmente la misma expresión para designar una y otra”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1973, vol. II, p. 172.

²³ Hubiera sido mejor, si las circunstancias lo hubieran permitido, un consenso sobre el núcleo de un régimen de responsabilidad para que la AG emitiera una declaración que sirviera de punto de partida de un desarrollo consuetudinario. La llamada “nueva costumbre” puede desarrollarse con relativa rapidez a partir de textos acordados, si éstos encuentran aceptación en la comunidad internacional. Así lo propuso el segundo relator especial, (Barboza) en 2002, luego del final de su mandato, en un artículo titulado “Liability: can we put humpty-dumpty together again?”, *Chinese Journal of International Law*, 2002, nro. 2, p. 523 et seq. Por “un consenso sobre el núcleo del régimen de responsabilidad” el autor entendía un consenso sobre los *principios* que sustentaban aquel régimen.

²⁴ Proyecto sumario del tema presentado al cuarto año de su tratamiento por el primer relator especial, profesor Quentin-Baxter.

ficas, con responsabilidad de los explotadores pero raramente del Estado de origen. El hecho fue que un considerable número de miembros en la CDI y de Estados en la Sexta Comisión de la AG, representantes de un conspicuo sector de la comunidad internacional, continuaban incómodos con el tema y que, paralelamente otro sector, numéricamente sustancial, prefería continuar en la esperanza de algún compromiso. A juzgar por las instrucciones anuales de la AG a seguir con el tema, esta última posición era mayoritaria. Finalmente, la Comisión redactó un conjunto de artículos completo y bastante detallado sobre *prevención* mientras que respecto a la responsabilidad, llamada ahora “asignación de la pérdida” produjo ocho principios generales.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se renueva totalmente cada cinco años. Un núcleo de miembros resulta reelecto y mantiene la continuidad, pero cada etapa tiene características propias y suele haber cambios en la orientación de los proyectos. Cada tema es propulsado por un relator especial, que lo desarrolla en informes anuales y cuyo liderazgo es importante para la final economía de los textos²⁵. En el tratamiento de la responsabilidad *sine delicto* se pueden distinguir dos ciclos: uno largo, comenzando en 1978, que reconoce a dos relatores especiales: el profesor Quentin-Baxter, de Nueva Zelanda y luego de su fallecimiento, quien escribe estas líneas. El primero presentó cinco informes, incluyendo un plan esquemático que desarrolló prácticamente toda su concepción del tema, pero por necesidad algo fragmentariamente porque adelantó las nociones básicas; el segundo presentó doce informes orientándose al principio en el Plan esquemático pero apartándose a medida que los debates presentaban las cuestiones que lo configuraban bajo una luz a veces diferente. En 1996, en vísperas de que tanto la Comisión como el segundo relator especial terminaran sus mandatos, se formó un grupo de trabajo cuyo informe se proponía resumir lo hecho y facilitar la tarea de la Comisión entrante.

El segundo ciclo es bifurcado: habiendo a Comisión dividido el tema en prevención y responsabilidad, hubo un primer período sobre prevención, que se extiende entre 1997 y 2001 y a cuyo fin la CDI presentó artículos para ser considerados por una convención codificadora. La Comisión pisaba terreno firme, ya que existía una opinión generalizada de que la prevención es derecho consuetudinario y por ende, codificable²⁶.

²⁵ Generalmente, el relator especial es elegido por sus especiales conocimientos del tema que se le confía. La Comisión se expresa a través de los artículos que propone para cada tema, con sus correspondientes comentarios. Esos artículos pueden ser la base para una convención codificadora, para una resolución normativa de la Asamblea General de las UN, o simplemente para ser tenidas en cuenta por los Estados a recomendación de la misma AG.

²⁶ Birnie and Boyle, por ej., observan respecto al proyecto de artículos sobre prevención que “...there is ample authority in treaties and case law, and State practice for regarding... provisions of the Commission’s draft convention as codification of existing international law. They represent the minimum standard required of States when managing transboundary risks and giving effect to principle 2 of the Rio Declaration” (...hay amplia autoridad, en los tratados

Un segundo período sobre responsabilidad propiamente dicha va desde 2001 a 2006 y su resultado es la formulación de ocho principios que la Comisión recomienda a la atención de la AG y ésta a la de los Gobiernos. El tema técnicamente no está cerrado y volverá a ser materia de consideración en la 65ª Asamblea General de la ONU.

2. El primer ciclo

a) La prevención

El mandato de la CDI era estudiar la responsabilidad por hechos no prohibidos; la idea de introducir la prevención surgió de aquello que “prevenir es mejor que curar”, particularmente en materia de medio ambiente²⁷, en que la reparación suele ser insatisfactoria para remediar los daños. Pero la prevención llevaba al tabú de lo *ex delicto*²⁸ y a la contradicción de indemnizar daños no obstante haber cumplido con las obligaciones de prevención, que adquirirían así naturaleza dual: por un lado, de debida diligencia y simultáneamente, por el otro, de resultado.

Cierto es que las convenciones existentes suelen incluir obligaciones llamadas de prevención, pero se refieren a medidas *ex post*, que se adoptan después del accidente. Es que existen dos tipos de prevención: una es la de *accidentes*, por ejemplo, las medidas que una fábrica contigua a un curso de agua internacional adopta para evitarlos (prevención *ex ante*)²⁹ y otra de prevención del daño *una vez producido un accidente* (prevención *ex post*) que causó, digamos, contaminación del curso de agua. Esta prevención *ex post* trata de prevenir (o contener) el daño transfronterizo, purificando, por caso, la parte contaminada para evitar que la corriente la lleve hasta la frontera y así disminuir o evitar el daño allende la propia jurisdicción. Tan solo estas medidas son prevención para las convenciones de responsabilidad civil que, lo hemos visto, son las únicas que contemplan inequívocamente la responsabilidad *sine delicto*. La CDI se ha negado sistemáticamente a llamar “prevención” a la *ex post* y la ha limitado a las medidas de respuesta, como veremos.

y en la jurisprudencia, así como en la práctica de los Estados para considerar...las provisiones del proyecto de convención de la Comisión como una codificación del derecho existente. Esas provisiones representan el estándar mínimo que se requiere a los Estados cuando manejan riesgos transfronterizos y dan efecto al principio 2 de la Declaración de Río”. BIRNIE, Patricia and BOYLE, Alan, *International law and the environment*, Oxford, Oxford University Press, 2002, (2nd ed.), p. 113.

²⁷ El medio ambiente fue siempre una preocupación central en los trabajos relativos al tema.

²⁸ La prevención sólo podía imponerse a través de obligaciones, cuyo incumplimiento originaba responsabilidad por hecho ilícito.

²⁹ Y consecuentemente, prevenir el daño que el accidente podría causar.

Como resultado, sin embargo, de aquel empeño de la CDI y de la Sexta Comisión, apareció en el cuarto informe del segundo relator especial (Barboza) un principio que terminó siendo provisionalmente adoptado en 1995:

Los Estados adoptarán todas las medidas y disposiciones razonables y necesarias para prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible³⁰.

Otros artículos sobre prevención que fueron apareciendo hasta 1996 se referían a la necesidad de autorización previa del Estado para iniciar una actividad de riesgo (art. 11), evaluación del riesgo (art. 12), actividades preexistentes (art. 13, medidas para prevenir o minimizar el riesgo (art. 14) y no transferencia del riesgo (art. 14 bis), notificación e información (art. 15), intercambio de informaciones (art. 16), información al público (art. 16 bis), consultas sobre medidas preventivas (art. 18), derechos de los Estados probablemente afectados (art. 19) y factores relativos a un equilibrio equitativo de intereses (art. 20). Los artículos finalmente adoptados por la Comisión siguieron de cerca aquellos textos. Para evitar la intrusión de la responsabilidad por hecho ilícito en el tema de la responsabilidad *sine delicto*, se estableció originalmente que aquellas obligaciones de prevención no eran obligaciones “duras”, de tal manera que ninguna consecuencia negativa se originaba en su incumplimiento. Esta situación insostenible se remedió en el Décimo informe del segundo relator especial (Barboza), haciendo “duras” las obligaciones de prevención y ubicando las de prevención y las de reparación en diferentes cabezas: las primeras en el Estado, que debía cumplirlas o asegurar su cumplimiento según el caso y las segundas (reparación) en el explotador o en algún otro ente privado que fuera conveniente. Los Estados se encargaban de la notificación, consulta con los Estados afectados, evaluación del riesgo y autorización de la actividad. En particular los Estados de origen debían asegurar que los explotadores en su territorio adoptaran ciertas medidas específicas de prevención del daño transfronterizo. Debían emplear sus medios administrativos y judiciales para hacer efectivas esas obligaciones y supervisar permanentemente las actividades autorizadas, esto es, utilizar debida diligencia en vigilar la ejecución por los privados de las medidas preventivas.

b) La responsabilidad

i) El alcance y las cuestiones del tema

Un aspecto fundamental para el alcance del tema tenía que ver con el tipo de actividades que se someterían al régimen de responsabilidad³¹propuesto.

³⁰ Era el art. C (8 y 9 originalmente propuestos) Ver Anuario...1995, vol. II, segunda parte, p. 92.

³¹ Y de prevención, que terminó aplicándose a las mismas actividades.

1) *Las consecuencias físicas*. Se excluyeron las actividades que no tuviesen consecuencias físicas sobre el territorio de otros Estados. Por ejemplo, una devaluación monetaria con consecuencias transfronterizas, que no seguían *materialmente* a la devaluación, no caería dentro del proyecto.

2) *Las “situaciones”*. Se dejaron de lado las “situaciones” que pudieran tener consecuencias transfronterizas: un incendio, una peste, que se extendiera a otro país, etcétera. La responsabilidad en tales casos depende de la actitud del Estado de origen al respecto, porque las omisiones también configuran formas de actividad. Habría un deber del Estado de prevenir el daño transfronterizo, con responsabilidad *ex delicto* por su violación.

3) *El medio ambiente*. Se decidió que no sólo el daño ambiental caía bajo responsabilidad *sine delicto*: el tema abarcaba cualquier tipo de daño producido por una actividad de riesgo como las que definía el proyecto.

4) *Actividades “nocivas”*. Se las distinguió de las actividades de riesgo y se las excluyó. Son aquellas que producen daños en su desarrollo normal: en ellas no hay riesgo —que implica contingencia— sino certeza de daño. Las actividades de riesgo son lícitas si ciertas condiciones se cumplen (prevención, responsabilidad), las nocivas deberían ser prohibidas o acarrear responsabilidad *ex delicto* (casos como los del “Trail Smelter”, o del “Canal de Corfú”). Aquéllas son materia de la responsabilidad *sine delicto*, éstas de la responsabilidad por hecho ilícito (*ex delicto*)³².

5) *Los espacios públicos internacionales (global commons)*. Se resolvió no examinar ese aspecto del tema, entre otras razones porque se lo consideraba de entidad suficiente como para constituir un proyecto separado. Su introducción, por otra parte, hubiera complicado considerablemente un asunto, ya de por sí, complejo.

6) *La lista de actividades*. La incorporación al proyecto de una lista de actividades que constituyeran su materia específica fue una idea recurrente. Ofrecía indudables ventajas: certeza en cuanto a cuáles actividades se aplicaría la prevención y la responsabilidad *sine delicto*, adecuación del proyecto a la tendencia dominante en la práctica internacional en sentido de producir convenciones con temas específicos (en lugar de una determinada actividad, un grupo cierto de actividades)³³. La objeción principal: la lista se convertiría pronto en obsoleta dada la aceleración de los desarrollos tecnológicos y la

³² También pueden ser aceptadas por los Estados afectados a cambio de alguna contraprestación, siempre que no se opongan a una norma imperativa del Derecho Internacional.

³³ Claramente, los Estados habían aceptado, y se presumían mejor dispuestos a aceptar, compromisos respecto a actividades cuyas características individuales fueran bien conocidas, cuando hubiera alguna certeza respecto a sus riesgos inherentes, como a las obligaciones de las partes en cuanto a la prevención y a la responsabilidad. Era también importante la actitud de la industria del seguro así como los planes de contingencia que pudieran requerir los riesgos de cada actividad particular, etc. Y de prevención, que terminó aplicándose a las mismas actividades. También pueden ser aceptadas por los Estados afectados a cambio de alguna contraprestación, siempre que no se opongan a una norma imperativa del Derecho Internacional.

consiguiente aparición de nuevas actividades de riesgo. Luego, los riesgos de cada actividad eran contingentes a muchas circunstancias: una planta industrial podía ser peligrosa si se ubicaba cerca de la frontera, pero inocua del punto de vista del daño transfronterizo si estaba a buena distancia de ésta, etc. Se resolvió sustituir la lista por una definición suficientemente comprensiva de las actividades que constituían el ámbito de la responsabilidad *sine delicto*.

7) *Los hechos del Estado*. En el terreno de la responsabilidad *ex delicto* los hechos de ciertos individuos (los órganos en particular) son *hechos del Estado*, lo que no sucede en terreno *sine delicto*, donde basta que la actividad causante haya ocurrido bajo la jurisdicción o en zonas bajo control del Estado, aún los producidos por personas privadas. Cuando el Estado se hace cargo de una parte de la indemnización, como en la Convención nuclear de París por la parte que no cubra el explotador o su seguro, no es como consecuencia de un hecho del Estado, sino simplemente porque la actividad tuvo lugar en el territorio o de otro modo bajo la jurisdicción o control del Estado de origen. Parece más bien que fueran las consecuencias de aquellos hechos los que se atribuyen al Estado, y no los hechos mismos.

8) *Las actividades de riesgo*. El Plan esquemático no intentó definir el riesgo. Algo se intentó en el cuarto informe del segundo relator especial (Barboza), donde las actividades del régimen se identificaron por el uso de ciertas sustancias. En el sexto informe el riesgo se relacionó con el uso de sustancias peligrosas, tecnologías u organismos genéticamente modificados.

Para caracterizar el riesgo inherente a las actividades del proyecto, los modelos a disposición de la CDI consideraban varios elementos y condiciones: (a) el tipo y la magnitud del riesgo inherente a la actividad así como de los efectos transfronterizos previsibles, (b) la circunstancia del riesgo, como por ejemplo la ubicación de la actividad en relación con la frontera internacional o con lugares sensibles en los Estados afectados, (c) los objetos que manejaba la actividad, en el sentido más amplio de la palabra, como ciertas tecnologías, sustancias, organismos genéticamente modificados o microorganismos peligrosos.

Más tarde se dejaron de lado esos rasgos identificatorios, entre otras razones porque se pensó que las actividades de riesgo eran fácilmente reconocibles y que habían sido de hecho reconocidas en la práctica interna de los Estados. Pero había que intentar una cuantificación del umbral debajo del que una actividad no caería dentro del régimen. El asunto era delicado, porque no podía someterse cualquier actividad, aún las de bajo riesgo, a un régimen de responsabilidad *sine delicto* sin incurrir en detrimento de las actividades productivas del país de origen. El sexto informe del segundo relator especial introdujo una fórmula que continuó, en sus líneas generales, hasta el presente. El art. 2(e) propuesto calificaba el riesgo significativo [apreciable] como aquel que presentaba o bien una baja probabilidad de causar daño considerable [desastroso]

o bien una más alta probabilidad que la normal de causar daño transfronterizo menor³⁴pero [apreciable] [significativo].

Quedó, entonces, finalmente la fórmula que combinaba la probabilidad del accidente dañoso con la magnitud del daño³⁵.

ii) Otras cuestiones

1) *El equilibrio de intereses*. Es una noción principal que fundamenta tanto a la responsabilidad como a la prevención. Cuando se inicia en el territorio de un Estado, una actividad de riesgo se rompe por ese mero hecho el *statu quo* anterior de equilibrio. Es que soportar un riesgo constituye, de por sí, una carga que altera el equilibrio existente. A veces, el Estado que soporta el riesgo debe adoptar medidas en su territorio en previsión de accidentes más allá de sus fronteras. Aquí interviene, como se dijo antes, un principio de antigua vigencia en el Derecho: *sic utere tuo ut alienum non laedas* y otro estrechamente vinculado con él: el de la soberanía territorial con su corolario, el de la igualdad soberana de los Estados³⁶.

Cuando se inicia, entonces, una actividad de riesgo nace, automáticamente, una obligación para el Estado de origen, la de emplear la debida diligencia para minimizar el riesgo que amenaza a los Estados afectados (*risk-bearer States*). Tal cuidado comienza a ejercerse por la obligación del Estado de origen de negociar de buena fe un régimen de prevención y, eventualmente, de indemnización de los daños emergentes³⁷. Este mismo principio fundacional

³⁴ Se entiende: menor que desastroso.

³⁵ Un ejemplo elocuente del realismo de esta combinación de probabilidad con magnitud de daño es el siguiente: supongamos que si alguien sale a la calle tiene, debido al frío y a las condiciones climáticas del momento, 1/6 de posibilidades de resfriarse, la decisión de salir ofrece algunas dificultades. Pero si ese alguien está en una ciudad sitiada y la probabilidad de que caiga víctima de un francotirador es también de 1/6, seguramente que su decisión será algo más espinosa.

³⁶ El deber del Estado de velar porque actividades en su territorio no vulneren, inmediata o mediatamente, intereses o derechos de otros Estados —esto último incluye los de sus súbditos— parece ser un corolario de la soberanía territorial. Así se entiende en la decisión sobre el Canal de Corfu, en la relativa al Trail Smelter, así como en el famoso párrafo debido a la pluma del árbitro Huber en el fallo de la Isla de Palmas. “La soberanía territorial, como se ha dicho, entraña el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de los demás Estados, en especial su derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en un territorio extranjero...” “La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es a excluir las actividades de otros Estados; porque sirve para compartir entre las naciones el espacio en que se realizan las actividades humanas, a fin de garantizarles en todo momento la protección mínima de que es custodio el Derecho Internacional”. Si la obligación existe *dentro del territorio*, lo será también, *a fortiori*, fuera del territorio.

³⁷ El Estado de origen, en Derecho Internacional, tiene la obligación de negociar. El contenido de esa obligación es el de sentarse a la mesa de la negociación de buena fe, con vistas a establecer un régimen respecto a la actividad en cuestión.

debe continuarse a todo lo largo del desarrollo de una actividad de las que contempla el art. 1 del proyecto.

2) *El daño*. Para el profesor Quentin-Baxter, primer relator especial, el daño se definía como una consecuencia física de la actividad o situación que tenía lugar en el territorio o bajo el control de un Estado y que afectaba el uso o goce de áreas en el territorio o bajo el control de otro Estado³⁸. En su tercer informe, el segundo relator especial (Barboza) anota la diferencia entre el daño indemnizable en la responsabilidad *sine delicto* y en la *ex delicto*: en esta última, es indemnizable la totalidad del daño³⁹; en aquélla la situación es más compleja: el daño debajo de un cierto umbral (significativo, sensible) puede no ser indemnizable, como también puede no serlo si el acuerdo autoriza un tope a la indemnización.

Esta diferencia se explica porque el daño resulta de una actividad legal, autorizada no obstante su riesgo porque la comparación de los varios intereses y factores intervinientes mostraban que era preferible soportar sus eventuales consecuencias antes que prohibirla directamente. Según este razonamiento, el daño en la responsabilidad *sine delicto* mide, en realidad, la magnitud de la ruptura del equilibrio de intereses: el eventual beneficio que la actividad reporta al Estado víctima (el transporte masivo del petróleo puede contribuir a que su distribución sea más regular, confiable y barata, etc.) Como los factores del equilibrio son complejos, la negociación para determinar el daño es imprescindible. Con posterioridad a estas elucubraciones, la obligación de negociar se consideró la única consecuencia obligatoria⁴⁰ de la producción del daño a menos de existir un sistema de solución compulsiva de las controversias.

3) *La responsabilidad*. Tanto el Plan esquemático como los informes del profesor Quentin-Baxter cargaban la responsabilidad en el Estado⁴¹. Como hemos visto, el segundo relator especial, en su décimo informe, puso en el mismo texto la prevención y la responsabilidad *sine delicto*, sólo que en distintas cabezas: la primera, con las sanciones por su incumplimiento, sobre el Estado y la segunda directamente sobre el explotador privado. De ese modo, se resolvía

³⁸ “Control” se refería a lugares sujetos a la potestad del Estado de origen por vínculos ilegales, como por ejemplo el África Sudoccidental bajo la potestad de la República de Sudáfrica. Reemplaza a la palabra “jurisdicción” que es una potestad legal.

³⁹ La regla de Chorzow exigía que la reparación borrara todas las consecuencias del hecho ilícito, ergo el daño era compensable en su totalidad.

⁴⁰ Parece claro que la obligación de negociar sea una consecuencia de la naturaleza descentralizada del Derecho Internacional. Por cierto que semejante obligación no se encuentra en los sistemas de Derecho interno debido al carácter compulsorio de la jurisdicción de sus tribunales: cualquiera que se considere agraviado por actos de otro puede acudir a un tribunal de derecho y el demandado deberá comparecer en defensa de su posición o afrontar las consecuencias de su rebeldía.

⁴¹ El profesor Quentin-Baxter imponía al Estado la llamada *strict liability*, pero sólo al final del proceso, y si una serie de condiciones se cumplían. Además, privaba de toda acción en derecho al incumplimiento de las obligaciones de prevención, para no introducir en el tema la responsabilidad *ex delicto*.

la contradicción apuntada más arriba respecto a la naturaleza jurídica de las obligaciones de prevención.

4) *Los principios*. De lo anteriormente expuesto, los siguientes principios —acaso entre otros— pueden deducirse y fueron propuestos por la Comisión en diferentes artículos:

El “principio básico” sería el de que los Estados tienen libertad para permitir en su territorio o bajo su control cualquier actividad que sea compatible con la adecuada protección de los intereses de los Estados afectados por ella⁴².

Luego el principio de prevención: la adecuada protección mencionada requeriría medidas de prevención que minimizaran o previnieran el riesgo de daño transfronterizo⁴³. Si, no obstante, todas las medidas razonables de precaución adoptadas, tuviera lugar un accidente causante de daño transfronterizo sensible (significativo), debería procederse a su reparación en un régimen *sine delicto*. Finalmente, y hasta donde fuera consistente con los artículos del proyecto, la víctima inocente no debería ser dejada enteramente a cargo de su pérdida.

Se incluía, asimismo, otro principio, de naturaleza más general que propio del tema, el de no discriminación entre residentes y no residentes del Estado de origen, tanto en lo relativo a la prevención como a la responsabilidad⁴⁴.

iii) El proyecto de 1996

En el año final de su ciclo, la CDI nombró, a pedido del segundo relator especial, un grupo de trabajo para que revisara lo hecho hasta entonces y sugiriera el camino a seguir. Este grupo ratificó, en líneas generales, lo actuado en materia de prevención y en lo relativo a responsabilidad propuso, como art. 5, el principio con la redacción recién mencionada. Aunque la Comisión no pudo considerar, debidamente, el proyecto de 1996 en ese período de sesiones, por falta de tiempo y por la urgencia con que debió ocuparse de otros temas, alcanzó a apreciarse que ese artículo era el que provocaba reacciones más fuertes⁴⁵.

⁴² Claramente, éste es el principio 21 de Estocolmo, sólo que aplicable no solamente al daño ambiental sino a cualquier tipo de daño transfronterizo.

⁴³ La prevención es inseparable de la medición del riesgo. Si la prevención fuera suficiente para neutralizar todo riesgo, la actividad cesaría de ser peligrosa y tanto los accidentes como los daños se deberían a la falta de debida diligencia. El riesgo real es el que queda flotando *después* de que toda medida razonable de prevención ha sido empleada.

⁴⁴ Este principio, aplicado a la igualdad de residentes y foráneos, llevaba a que el Estado de origen abriera sus tribunales a las víctimas dondequiera estuviesen, como si el daño se hubiera producido en el propio territorio de aquel Estado. Naturalmente, las garantías procesales y la legislación de fondo debía aplicarse sin distinción entre unos y otros. En el proyecto de 1966 abría el canal doméstico.

⁴⁵ Era natural, ya que condensaba el núcleo mismo del tema de la responsabilidad. Su texto era el siguiente: *Art. 5. Responsabilidad*. De conformidad con los presentes artículos, se responderá de los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades a que se refiere el art. 1 y esa responsabilidad dará lugar a indemnización u otra forma de reparación.

Se le criticó que era muy general, que no establecía quién era responsable, ni en qué consistía la reparación, ni a quién debía otorgarse. Pero, en realidad, como principio reflejaba con suficiente fidelidad la no impunidad del daño transfronterizo derivado de una actividad de riesgo.

En realidad, lo más original del proyecto de 1996 fue el uso del principio de no discriminación para abrir la posibilidad del canal doméstico. Esa idea venía del proyecto sobre cursos de agua internacionales: el principio de no discriminación imponía sobre el Estado de origen la obligación de abrir sus tribunales a los no residentes damnificados por una actividad desarrollada en su porción del curso de agua. Estos tenían el mismo derecho a los remedios procesales y de fondo que la ley local otorgaba a sus residentes. Esto significaba que, dentro del sistema, había tantas soluciones como Estados miembros de la eventual convención: algunos de ellos podían carecer de un sistema de responsabilidad *sine delicto*, desde que no se imponía uniformar los derechos internos en ese sentido, en cuyo caso los recursos disponibles eran los que el Estado de origen proveía a sus propios residentes.

Se trataba, sin duda, una solución minimalista al problema de las actividades de riesgo; pero había que tener en cuenta las oposiciones arriba consignadas. El mismo proyecto contemplaba también la posibilidad del canal diplomático para incluir los casos en que el Estado mismo fuera damnificado directo por el accidente, esto es que bienes del Estado fueran dañados, o bien de que hubiera una mezcla de daños a bienes públicos y privados, o de que los damnificados mismos prefirieran esta vía por diferentes razones posibles, por ejemplo, que hubiera acciones colectivas importantes o que las víctimas prefirieran esa vía en lugar de litigar en los tribunales de un país extraño o más o menos lejano, etc.

3. Segundo ciclo

a) La prevención

La CDI de 1997, con los textos aprobados provisionalmente por la anterior Comisión y el proyecto del grupo de trabajo de 1996, formuló un conjunto de artículos que, en lo esencial, no se apartaba casi de aquellos recibidos, aunque hubo algunas mejoras aquí y allá, entre ellas una importante como fue el establecimiento de medios de solución de controversias, haciendo obligatorio en último caso al del establecimiento de hechos.

No nos vamos a extender más sobre la prevención, ya que el acento, en el presente artículo, recae sobre la responsabilidad. Sin embargo, varias nociones importantes se aplican tanto a la prevención como a la responsabilidad, como lo relativo al alcance del tema o a la no discriminación. Además, prevención y responsabilidad están unidas por su paralelismo al *continuum* riesgo-daño, cemento que garantiza la unidad del tema y consagra la inconveniencia de separarlas.

b) La responsabilidad

Tras un infructuoso intento de un sector de la CDI de hacer naufragar el subtema de la responsabilidad⁴⁶, la Comisión decidió emprender la tarea más difícil de codificarlo —o desarrollarlo progresivamente—. Para ello, comenzó con borrar del título la palabra “responsabilidad”, aunque, claramente, de eso se trataba, y bautizar el contenido como “asignación de la pérdida”, lo cual no es incorrecto porque la naturaleza de la responsabilidad *sine delicto* permite, sin violencia intelectual, asignar la pérdida a una persona ajena a la comisión del hecho que condujo al daño. Ello se debe a que, como pudimos apreciar, el mayor interés en este campo sin culpa ni infracción es que el daño sea reparado, no necesariamente por el autor, sino por alguien adecuado: alguien que tenga relación con el tema, que se beneficie con la actividad, o que esté en mejores condiciones de transmitir la pérdida a la sociedad en su conjunto, o que evite la multiplicación de las personas que deban contratar seguros. La industria del petróleo provee un ejemplo claro de lo dicho: el fondo complementario del Convenio de Responsabilidad Civil por Contaminación de Hidrocarburos (CLC por su sigla inglesa) está formado por las contribuciones anuales de cualquiera que, en algún calendario, haya recibido cantidades totales de petróleo superior a 150.000 toneladas y ese fondo se hace cargo de la parte de la indemnización no cubierta por el explotador o su seguro. La Convención Nuclear de París hace lo mismo con fondos públicos que aporta el Estado de origen; en ambos casos hay personas (importadores o el Estado) que cargan con parte de la indemnización aún cuando no hayan contribuido en nada a la producción del daño.

El nuevo relator especial, Sr. Srenivassa Rao, miembro de la Comisión por la India, abordó su tarea con espíritu pragmático y con positiva argumentación. Ya habíamos visto que la principal objeción de los Estados⁴⁷, había sido la admisión de un tipo de responsabilidad que implicara obligaciones “duras” y en particular que esas obligaciones fueran el contenido de un instrumento general que abarcara todo tipo de actividades de riesgo.

Propuso, entonces, la formulación de pocos (ocho) principios que, no siendo obligatorios, sólo dan orientaciones generales para casos particulares. Si a eso se agrega que los principios mismos están redactados en modo condicional (en inglés *should*, en español “debería”) los Estados están resguardados de desagradables sorpresas en la aplicación de los nuevos textos. Con eso se

⁴⁶ Dicho sector incluía Estados industrializados y algunos otros que encaraban procesos de desarrollo eventualmente contaminantes, y sostenía que solamente era jurídicamente viable la parte relativa a la prevención, para la cual, como vimos, la CDI había solicitado a la AG la convocatoria de una conferencia codificadora.

⁴⁷ En particular un grupo mayoritario de Estados industrializados, de natural influencia en la AG, así como algunos en desarrollo que contemplaban la posibilidad cierta de encarar un proceso de desarrollo —o lo habían ya comenzado— que implicara una probabilidad también cierta de convertirse en Estados de origen de la contaminación.

llegó a un consenso que acaso no hubiera sido posible obtener antes, a costa sin embargo de un texto débil y que mereció algunas críticas. Una de ellas proviene de Alan Boyle, en sentido de que esta formulación no sólo no hace avanzar la vigencia de la responsabilidad, sino que significa un retroceso sobre lo ya existente⁴⁸.

Los siguientes son los rasgos más salientes del proyecto final, tal como los enunció el tercer Relator especial al comienzo de su consideración y los aprobó la AG en 2006. Las normas se presentan como una declaración de principios *no obligatorios* para evitar las dificultades de la armonización de leyes internas que hubiera sido necesario hacer. Asimismo, porque se considera que de este modo se va a facilitar la aceptación de los principios propuestos.

1. El régimen se aplica a las mismas actividades de que trata la prevención.

2. Los daños transfronterizos que estas actividades causen deberían ser objeto de *pronta y adecuada* reparación. Los daños al medio ambiente deben ser mitigados por medio de prontas medidas de respuesta y en la medida de lo posible ser restaurados o sus recursos reinstalados.

3. Tal responsabilidad:

a) corresponde primariamente al explotador, aunque también recaería en otras entidades designadas por la ley o por acuerdo de partes, siempre que estén funcionalmente en comando o control de la actividad o la dirijan o ejerzan sobre ella supervisión general.

b) No requiere prueba de culpa y está sujeta a condiciones, limitaciones y excepciones.

c) No exime al Estado de las obligaciones de prevención que se le imponen en los artículos de 2001.

4. Para las indemnizaciones, pueden erigirse fondos suplementarios financiados por actores relacionados con la actividad, incluyendo al Estado.

c) Los artículos del proyecto

i) La extensión y alcance del tema

La gran mayoría de las condiciones propuestas por el relator especial se siguieron. Respecto a la extensión del tema, que es materia del artículo primero, las actividades contempladas son las mismas que aquellas referidas en la prevención.

ii) El concepto de daño. El daño al medio ambiente

El segundo no es en realidad un principio, sino, como su nombre lo indica, un artículo explicativo del significado y alcance de los términos utilizados. En él se define el daño que es objeto de reparación, incluyendo un ítem tan im-

⁴⁸ BOYLE, A., "Globalizing environmental liability: the interplay of national and international law", *Journal of Environmental Law*, 2005, vol. 17, number 1, p. 25.

portante como el daño al medio ambiente. Se repara así un defecto del proyecto de 1996, que no había incluido ese concepto no obstante haber sido materia de varios informes del segundo relator especial (Barboza). En Comisión nunca se había rechazado su inclusión⁴⁹.

El umbral fijado fue el daño “sensible” (*significant* en la versión inglesa) y, como se explica más arriba, en la combinación riesgo-magnitud del daño. El concepto es el de daño algo más que simplemente “detectable” pero sin necesidad de llegar a ser “serio” o “sustancial”. Debe ser un daño que implique un detrimento real en rubros como la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente, la agricultura u otros semejantes, y que pueda ser medido por medio de estándares objetivos y materiales⁵⁰.

El daño propiamente dicho incluye el que se causa a las personas (pérdida de vida o integridad física) y las pérdidas económicas, incluyendo el lucro cesante, derivadas de tales perjuicios. Los bienes del patrimonio cultural están protegidos bajo el acápite de “daño a las personas o a los bienes” en el subpárrafo 2 y se refieren a los monumentos o grupos de edificios de universal valor histórico, artístico o científico, así como los sitios donde se combina el aporte de la naturaleza y del trabajo humano, incluyendo sitios arqueológicos de universal valor histórico, estético, etnológico o antropológico. Estos conceptos fueron tomados del art. 1º de la Convención de 1972 sobre protección del patrimonio cultural y natural del mundo⁵¹. El punto de partida para la definición del daño que menciona el acápite debería ser una definición de medio ambiente, pero no hay un consenso universal sobre lo que debe entenderse por tal cosa. El *Green Paper* de la Comisión europea nos dice que algunos consideran que sólo la vida de plantas y animales, así como otros objetos de la naturaleza debieran ser incluidos, además de las relaciones que ocurren entre ellos. Otros incluyen objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural⁵². La definición del art. 2 (b) incluye los recursos naturales, tanto bióticos como abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora, así como las interacciones entre esos elementos. Luego se incluyen los aspectos característicos del paisaje” y, de este modo, se abarcan matices mucho más amplios del medio ambiente hasta incluir valores que no sean de uso⁵³.

⁴⁹ En particular, en el onceavo informe de dicho relator especial se desarrolla el tema *in extenso*.

⁵⁰ *Anuario...* citado en la nota 58, punto (2). p. 53.

⁵¹ Esta convención se complementa con la Convención de La Haya sobre protección de la propiedad cultural en tiempo de conflictos armados. (Id. cit., ps. 126/127).

⁵² Commission of the European Communities, “Communication from the Commission to the Council and European Parliament and to the Economic and Social Council-Green Paper on Environmental Liability”, final report. COM (93) 47 (Brussels, 14 May 1993), p. 10, sect. 2.1.7.

⁵³ Se consideran “valores de uso” (*use values*) aquellos que el medio ambiente brinda, como la navegación deportiva de un lago o río, la pesca, el esquí acuático, valores comerciales, etc. Y valores que no son de uso (*non-use values*) las emociones que el paisaje provoca en el ser

En cambio, otros bienes lastimados por consecuencia del daño al medio ambiente, como la salud humana, no deberían ser considerados daño ambiental, cuya protección ya existe independientemente de la que se brinda al medio ambiente.

iii) La reparación

Los principios 3 a 6 constituyen el núcleo de los artículos dedicados a la reparación. El art. 3º enuncia los dos propósitos principales de tales principios, que son el uno asegurar la pronta y adecuada reparación a las víctimas y el otro preservar y proteger el medio ambiente en caso de daño transfronterizo, especialmente mitigando el daño ambiental y restaurando o reinstalando sus recursos naturales.

El comentario encuentra el fundamento de estos principios en el principio “contaminador-pagador”, aunque concluye que éste no es derecho positivo internacional, sino un simple medio de asegurar las funciones de un régimen de responsabilidad: compensación, distribución de las pérdidas y de los riesgos, castigos, justicia correctiva, satisfacción, disuasión y prevención⁵⁴. Asimismo, aunque reconoce que están presentes en la práctica actual de los Estados, considera que los principios que enuncia el proyecto no son aún derecho positivo sino simples principios emergentes que marcan aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional.

Estos principios hubieran merecido, acaso, un pronunciamiento más positivo de parte de la CDI para cumplir mejor con su misión de desarrollar progresivamente el Derecho Internacional en ese dominio, según lo instara el art. 13 de la Declaración de Río y el 21 de la Declaración de Estocolmo. La crítica de Birnie y Boyle es alarmante: de acuerdo con la actual redacción de los principios, los Estados podrán conducir o permitir en su territorio actividades peligrosas sin ninguna obligación de proveer remedios efectivos o indemnizar el daño transfronterizo, a menos de incurrir ellos mismos en culpa, lo que fue exactamente el defecto que la Comisión estuvo invitada a corregir en 1978⁵⁵.

El principio 4 contempla las medidas que *deberían* tomar los Estados para asegurar una “compensación pronta y adecuada”: responsabilidad sin culpa, canalización de la responsabilidad hacia el explotador u otra persona o entidad considerada adecuada y la obligación de tales personas o entidades de ofrecer garantías financieras suficientes para enfrentar reclamos de indemnización. Si

humano, o el sentimiento de satisfacción debido a la existencia continuada de rasgos familiares del medio ambiente, etc. Los valores del medio ambiente pueden no formar parte del medio ambiente propiamente dicho, pero resultan afectados por el daño que al medio ambiente se causen. La frustración originada en el deterioro de tales valores o por su pérdida puede incluirse bajo el rubro de “daño al medio ambiente”.

⁵⁴ *Íd.*, ps. 141/142.

⁵⁵ BOYLE, A., “Globalizing environmental liability: the interplay of national and international law”, *Journal on environmental law*, 2005, vol. 17, number 1, p. 25.

fuera apropiado, también el establecimiento de fondos de industria a nivel nacional y si fuera necesario el Estado de origen debería asimismo asegurar la provisión de fondos financieros adicionales, entre ellos fondos estatales, no mencionados en el texto del artículo.

“Adecuada” no es sinónimo de “completa”. Una compensación adecuada admite la existencia de un umbral y de un tope. No sigue, necesariamente, la regla de Chorzow, pero se busca que se acerque a ella lo más posible, en ciertos casos como en la industria del petróleo y la nuclear se agregan capas adicionales a los montos indemnizatorios⁵⁶. Además, una suma global puede considerarse adecuada mientras no sea arbitraria o groseramente desproporcionada con el daño causado. En otras palabras, “adecuada” no intenta ser “suficiente”⁵⁷.

Tocante el daño ambiental, la indemnización por pérdida o deterioro de valores, sean o no de uso, gana terreno en la práctica internacional. La Comisión explica en su comentario al art. 36 (2) que el daño a los valores ambientales es un asunto de principio y es no menos real e indemnizable que el daño a la propiedad, aunque sea más difícil de cuantificar⁵⁸. En materia de daño ambiental debería aplicarse, según nuestra opinión, la regla de la reparación integral o algo tan cercano a ella como fuera posible, dadas las especiales características del medio ambiente y del daño que se le inflige por acción humana. Es que el medio ambiente debe ser materia de orden público, dado el interés que tiene para la comunidad internacional.

El proyecto en sus párrafos (iv) y (v) incluye las *medidas de respuesta*, conceptos que considera recientes, así como el pago de las medidas razonables destinadas a evaluar, reinstalar o restaurar los componentes ambientales dañados o destruidos o, cuando esto no fuera posible y apropiado, introducir el equivalente de tales componentes en el medio ambiente⁵⁹. Esto incluiría también las medidas razonables que se tomaran, después de producido el incidente que produjo o amenaza daño para prevenirlo o mitigarlo en su caso o para realizar una limpieza ambiental⁶⁰.

iv) Los otros principios

El principio 6 trata del acceso a la información, que no se aplica universalmente pero que es importante para el correcto funcionamiento de los párrs. 1º, 2º y 3º. Además, está contenido en varios instrumentos internacionales⁶¹.

⁵⁶ La Convención de Lugano sobre actividades peligrosas para el medio ambiente, por su parte, no fija topes a las indemnizaciones, lo que nos habla de la flexibilidad de la regla.

⁵⁷ Íd. nota 54.

⁵⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre lo actuado en su 53º período de sesiones UN GAOR, 56th Sess., Supp. nro. 10, at 43, UN Doc. A/56/10 (2001).p. 252.

⁵⁹ Íd. p. 131.

⁶⁰ Íd. p. 131/132.

⁶¹ Como la Convención de Acceso a la Información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en Materias Ambientales de 1998, la Convención OSPAR para Protección del Medio

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y arbitrales es esencial cuando el demandado tiene sus bienes en una jurisdicción diferente de aquella en que se dictó la sentencia. Normalmente, existen excepciones en el derecho interno del Estado en que la sentencia debe cumplirse⁶², y la cuestión del reconocimiento y ejecución de tales sentencias estaría implicada en los principios que estudiamos⁶³.

v) Los condicionales

El relator especial, Sr. Rao, muy correctamente a nuestro entender, sugirió que la Comisión debería dar un giro idiomático más compulsivo a dos aspectos que consideraba fundamentales: la obligación de reparar y el derecho de las víctimas a buscar remedios. Por más que no pueda encontrarse ninguna explicación a este respecto en el Comentario, acaso esté aquí el fundamento del lenguaje no condicional utilizado en algunos casos en el texto⁶⁴. No se advierte lo anterior en el principio 4, que se refiere a la reparación pronta y adecuada, pero en el inciso (a) del principio 5 se utiliza lenguaje imperativo respecto a la notificación, (b) medidas de respuesta y (d) obligación del Estado afectado o probablemente afectado por el daño transfronterizo.

La notificación es una obligación de prevención *ex ante* y como tal podría ser considerada derecho positivo, pero las medidas de respuesta, en cuanto significan una vuelta al *statu quo* anterior constituyen, en parte, restitución⁶⁵. Un aspecto de la reparación, entonces, parece haber sido introducido de contrabando en el dominio del derecho positivo. En todo caso, podría alegarse que las obligaciones de prevención *ex post* son, al fin de cuentas, también de prevención. Pero no fue eso precisamente, el entendimiento de la Comisión cuando trató ese asunto, porque ya vimos que prefirió reservar el nombre de prevención solamente para las medidas *ex ante*.

En el art. 6º, párr. 1º, reaparece el lenguaje imperativo cuando se trata de la obligación de los Estados de proveer a sus órganos administrativos o judiciales con la jurisdicción y competencia y de asegurar que estos órganos tuvieran remedios pronto, adecuados y efectivos para los casos de daño transfronterizo, etc.

Marino del Atlántico Noreste (art. 9), la Convención de Lugano sobre Responsabilidad Ambiental (arts. 15 y 16), las Directivas de la UN/ECE de Sofía sobre Acceso a la Información y Participación Pública en la Toma de Decisiones en Materia Ambiental (arts. 4 y 5) y la Directiva del Parlamento 2003/4/EC de enero 28, 2003. Íd. p. 179.

⁶² Íd., p. 180.

⁶³ Íbid.

⁶⁴ Doc. A/CN.4/566, p. 27.

⁶⁵ Por ejemplo, las operaciones de limpieza son medidas de respuesta dado que se ejecutan luego de producido el incidente. Tales medidas son de prevención *ex post* en tanto y en cuanto los materiales removidos por la limpieza, si son dañinos pueden seguir causando daño. Pero al mismo tiempo, su remoción implica también una vuelta al *statu quo ante* totalmente necesaria como restitución, o sea como parte de la reparación.

Por último, el art. 8° se ocupa de la implementación por los Gobiernos, a través de la ley interna, de los mecanismos anteriores, cosa de gran importancia práctica. Luego vuelve a los principios enunciando uno muy importante, el de no discriminación basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia y en el inc. 3° reclama la aplicación de otro principio, el de cooperación para llevar a la práctica los principios propuestos.

d) Epílogo

La doctrina no es pacífica respecto a si existen o no en el Derecho Internacional general normas que consagren la responsabilidad *sine delicto* en caso de daños transfronterizos causados por actividades de riesgo. Hay quienes niegan tal posibilidad, hay también quienes afirman que si bien los principios que inspiran esa responsabilidad en tales casos no son derecho positivo, pueden considerarse principios *emergentes* a los que sólo les falta la unción sagrada de la generalidad para transformarse de prácticas crisálidas en jurídicas mariposas⁶⁶. Como dijimos más arriba, consideramos que la responsabilidad *sine delicto* en derecho general es más que un principio emergente: es un principio existente, desde que deriva de otros innegables y básicos del Derecho Internacional, sólo que no se aplica porque el mecanismo de formación de una costumbre lo impide: hay demasiados y demasiado importantes Estados que no quieren que funcione, por ende no es generalmente aceptado como lo exige, impecablemente, el famoso art. 38 del Estatuto de la CIJ. Tampoco existe en Derecho Internacional la vereda judicial para consagrarlo por vía de interpretación, o de aplicación de otros principios; al menos no existe en la misma manera que en el derecho interno y de que ello sea así se encargan las soberanías estatales todavía hoy en existencia y aceptable buena salud.

En suma, lo que nos parece innegable es que no se puede causar un daño transfronterizo por una actividad de riesgo sin que este daño sea, de una forma o de otra, reparado. Hay dos formas de reparación: una por efecto de la responsabilidad *ex delicto*⁶⁷, la otra por la *sine delicto*. La primera exige un acto ilícito, la segunda solamente un riesgo.

Existe la tentativa, liderada por algunos importantes juristas, que explican según la primera hipótesis el funcionamiento de la responsabilidad establecida en las convenciones; lo hacen por la vía de la prevención y de la debida diligencia. Piensan, en suma, que todo es cuestión de exigir que la prevención esté en proporción con el riesgo: a mayor riesgo, mayor deber de prevención. De allí a decir que el daño causado sea imputable al incumplimiento de la debida dili-

⁶⁶ Cfr. El artículo del presente autor “The customary rule: from chrysalis to butterfly”, en *Liber Amicorum in Memoriam Judge José María Ruda*, Cambridge, Mass USA, 2000. ps. 1/14.

⁶⁷ Recordar, como lo hace Dominicé, que en Derecho Internacional la violación de cualquier obligación es considerada —y así llamada— un acto ilícito.

gencia⁶⁸ no hay sino un paso, rápidamente dado por esa doctrina. Y ya estamos en la responsabilidad *ex delicto*.

Este razonamiento, más propio de las Ciencias Exactas que del Derecho, deja en el campo varias víctimas. En primer lugar, la realidad: no se pueden prever todos los factores que constituyen el riesgo de una actividad que utiliza complicadas tecnologías modernas, o pueden preverse sólo hasta un cierto punto, más allá del cual está el riesgo. Eso está sabiamente expresado en el preámbulo de los artículos de 2006⁶⁹ y es una noción que subyace a la gran mayoría de los órdenes jurídicos internos. Es que el riesgo es lo que queda *después* de que todas las medidas *razonables* de prevención han sido puestas sobre el tapete. La doctrina que consideramos *descarta el riesgo* desde que acepta la noción de que una actividad, por complicada que fuere, siempre puede ser neutralizada si se emplea la adecuada prevención.

La otra víctima es, entonces, la *razonabilidad*, víctima importante si las hay ya que configura una categoría no escrita del pensamiento jurídico. Se puede ser exigente, pero no se puede pedir lo irrazonable. A mayor riesgo, mayor prevención es razonable si admitimos, como lo hace el preámbulo, que existe un punto en que al mejor cazador se le escapa la liebre.

La tercera víctima es la *lógica aristotélica*: es ilógico que sean lícitas las actividades peligrosas pero que los daños que produce sean ilícitos⁷⁰. De hechos lícitos de actividades permitidas se derivan daños que son ilícitos. Se permite el riesgo pero no se permite el daño emergente de dicho riesgo. De ahí la necesidad de taparlo con una ficción.

La cuarta, y acaso última víctima sea la *utilidad práctica*: ¿pueden por ventura esperar los epígonos de esta doctrina que los Estados, renuentes en aceptar la responsabilidad *sine delicto*, acepten otra que conduzca exactamente a los mismos resultados, o sea a la indemnización automáticamente otorgada, pero esta vez con más el estigma de la ilicitud?

Nuestra conclusión es que el jurista internacional debe afrontar la conceptualización del riesgo para ser aplicado en materia de responsabilidad, aún cuando sea un terreno relativamente nuevo y que ya lo está haciendo en el Derecho Internacional particular. Querer interpretar las convenciones al respecto como aplicación de la responsabilidad *ex delicto* como si toda la elaboración conceptual del derecho interno en ese aspecto fuera un sin sentido es un sin sentido. El riesgo ocurre en la vida de nuestras sociedades y cada vez tiene

⁶⁸ O sea, a cometer un hecho ilícito.

⁶⁹ Párrafo tercero: “Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”.

⁷⁰ Se podría argumentar que *no existe el riesgo en esta hipótesis* porque se parte de la base de que la prevención es omnicompreensiva y omnipotente. Pero no se advierte la necesidad de una ficción cuando la realidad del riesgo puede ser manejada a través de una teoría jurídica adecuada.

una mayor incidencia en las relaciones internacionales. El riesgo está detrás de muchos casos de responsabilidad además de estar presente en las actividades del tipo que estamos examinando: también otras conductas peligrosas generan consecuencias jurídicas. Manejar un auto imprudentemente puede ser objeto de una contravención y de una multa, porque crea un riesgo. Un buque en la hipótesis del art. 110 de la Convención ejerce el derecho de visita “a riesgo propio”. Un riesgo inminente (y real) de ataque armado puede dar lugar a legítima defensa o a un estado de necesidad. Cualquier conducta que cree un riesgo está cercana a la ilegalidad, al punto que se ha considerado que las actividades de riesgo pertenecen a una zona gris entre lo que es legal y lo que no lo es.

El riesgo significa que un daño puede ocurrir, pero también que ese daño puede no ocurrir. La posibilidad de que ocurra hace funcionar el principio *ne-minem laedere*, ya que un Estado no tiene derecho a causar conscientemente daño a otro Estado, como lo dicen las sentencias de la Fundición Trail y del Canal de CORFU: de ahí la prevención. El riesgo no es equivalente al daño y por eso si la actividad es socialmente útil puede permitirse, y los afectados por el riesgo (*risk-bearer States*) deben soportar la existencia de esas actividades. Pero de nuevo, el riesgo aunque no equivalga al daño, representa daño posible y esta contingencia debe ser equilibrada con algo en el otro platillo de la balanza. Ciertamente que la prevención es un elemento necesario pero no suficiente si se admite, como debe admitirse so pena de contradicción con la realidad, que en las actividades tecnológicamente complicadas siempre queda un margen de riesgo real. Algo más es, por ende, necesario: una indemnización suficiente si el daño se produce, como para restablecer el equilibrio alterado. Tal es lo esencial de la doctrina de riesgo-beneficio prevaleciente en los sistemas jurídicos internos y explica por qué la doctrina de la responsabilidad *sine delicto* es la técnica legal más en consonancia con esa doctrina. La responsabilidad por hecho ilícito requiere de una conducta ilegal para funcionar, mientras que las actividades de riesgo son legales. Por lo demás, es también incorrecto decir que causar daño transfronterizo es ilegal, porque no todo daño transfronterizo lo es en el Derecho Internacional. Las posiciones doctrinales tendrían que hacer explícito algo que yace implícito en su razonamiento, esto es que lo que hace ilegal el daño es el hecho de que es causado por una actividad de riesgo. Pero ya vimos que es lógicamente inaceptable que causar daño transfronterizo convierta al acto que lo causó, de legal en ilegal. En términos generales, es contradictorio permitir el riesgo y prohibir el daño en la misma actividad y esto es lo que sucede si se pone a la indemnización en la regla secundaria y se mira el daño como producto de la violación de una obligación que sería, al mismo tiempo, de debida diligencia y de resultado, con lo que la esencia íntima de la debida diligencia se vería desnaturalizada.

ANEXO
I. PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN
DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO
RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

La Asamblea General,
Reafirmando los Principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,

Recordando el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Consciente de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Observando que de resultas de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños o pérdida grave,

Recalcando que deben ponerse en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daño o pérdida como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,

Preocupada por la necesidad de adoptar medidas de respuesta prontas y eficaces para reducir al mínimo el daño o la pérdida que puedan producirse de resultas de tales incidentes,

Observando que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del Derecho Internacional,

Recordando la significación de los acuerdos internacionales existentes que regulan categorías específicas de actividades peligrosas y destacando la importancia de que se concierten más acuerdos de este tipo,

Deseando contribuir al desarrollo del Derecho Internacional en esta esfera,

...

Principio 1
Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el Derecho Internacional.

Principio 2
Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

a) Se entiende por “daño” un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:

- i) La muerte o las lesiones corporales;
- ii) La pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;
- iii) Una pérdida o daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;
- iv) Los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;
- v) Los costos de las medidas razonables de respuesta;
- b) El “medio ambiente” comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje;
- c) Se entiende por “actividad peligrosa” una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles;
- d) Se entiende por “Estado de origen” el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad peligrosa;
- e) Se entiende por “daño transfronterizo” el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen;
- f) Se entiende por “víctima” toda persona natural o jurídica, o todo Estado, que sufre un daño;
- g) Se entiende por “explotador” toda persona que dirige o controla la actividad en el momento en que se produce el incidente causante del daño transfronterizo.

Principio 3
Propósitos

Los propósitos del presente proyecto de principios son los siguientes:

- a) Garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo; y
- b) Preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste.

Principio 4
Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Principio 5 *Medidas de respuesta*

Cuando sobrevenga un incidente con ocasión de una actividad peligrosa de resultados del cual se produzca, o es probable que se produzca, un daño transfronterizo:

a) El Estado de origen notificará sin demora a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, el incidente y los posibles efectos del daño transfronterizo;

b) El Estado de origen, con la participación del explotador, según proceda, velará por que se adopten medidas de respuesta apropiadas y, con esta finalidad, debería recurrir a los mejores datos científicos y tecnologías disponibles;

c) El Estado de origen, según proceda, debería también consultar a todos los

Estados afectados, o que es probable que lo sean, y recabar su cooperación para atenuar los efectos del daño transfronterizo y, si es posible, eliminarlos;

d) Los Estados afectados por el daño transfronterizo, o que es probable que lo sean, tomarán todas las medidas viables para atenuar y, si es posible, eliminar los efectos de ese daño;

e) Los Estados interesados deberían recabar, cuando proceda, la asistencia de organizaciones internacionales competentes y otros Estados en términos y condiciones mutuamente aceptables.

Principio 6
Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados conferirán a sus órganos judiciales y administrativos internos la jurisdicción y competencia necesarias y velarán por que estén disponibles vías de recurso rápidas, adecuadas y eficaces ante esos órganos en caso de daño transfronterizo causado por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control.

2. Las víctimas de daños transfronterizos deberían tener acceso, en el Estado de origen, a vías de recurso que no sean menos rápidas, adecuadas y eficaces que aquellas de que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en el territorio de dicho Estado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio del derecho de las víctimas a ejercer recursos distintos de los disponibles en el Estado de origen.

4. Los Estados podrán prever el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

5. Los Estados deberían garantizar el acceso adecuado a la información pertinente para el ejercicio de los recursos, incluidas las reclamaciones de indemnización.

Principio 7
Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Cuando, en relación con determinadas categorías de actividades peligrosas, acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial permitan tomar disposiciones eficaces acerca de la indemnización, las medidas de respuesta y los recursos internacionales e internos, habría que hacer todo lo posible por concertar esos acuerdos específicos.

2. Estos acuerdos deberían incluir, según proceda, disposiciones para aportar una indemnización complementaria con fondos de la rama de actividad y/o del Estado en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas de resultas de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Principio 8
Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación se llevarán a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios⁷¹.

⁷¹ Doc. A/CN.4/566, p. 27.