

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

JULIO BARBOZA*

* Profesor de Derecho Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica, Argentina.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

El tema principal de estas clases va a ser la responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el derecho internacional, es decir, como su nombre lo indica, la responsabilidad que nace, no de la violación de una obligación (responsabilidad del Estado por hechos ilícitos), sino de la producción de un daño. Es *sine qua non* para este tipo de responsabilidad que el daño se origine en el riesgo acrecido de una actividad humana; por ello es conocida en derecho interno como responsabilidad por riesgo. Suele también ser llamada *objetiva, causal o sin culpa*.

Pero antes quisiera examinar el panorama total de la responsabilidad, ya que ambos temas han sido recientemente terminados en la Comisión de derecho internacional y están listos para ser recibidos, total o parcialmente, por la comunidad internacional y de ese modo convertirse, en la medida en que fueren recibidos, en derecho positivo y vigente. Digamos, de paso, que una cierta proporción de artículos en ambos textos refleja el derecho consuetudinario y que esa proporción es importante en el articulado relativo a la responsabilidad por ilicitud y bastante menor en el otro, considerado en líneas generales un tema de desarrollo progresivo del derecho internacional más que de codificación.

Digamos también que, al exponerlos conjuntamente como si fueran parte de un mismo todo, estamos contrariando nuestra propia convicción -compartida por algunos importantes doctrinarios del derecho de gentes- de que la responsabilidad por violación de obligación y la responsabilidad por riesgo (bautizada como *sine delicto* en la obra de Lefeber¹) son dos entidades perfectamente diferentes. Porque si bien es cierto que en ambas, ciertas conductas acarrearán determinadas consecuencias, el comportamiento que las origina es lícito en un caso e ilícito en el otro. De allí nacen una serie de diferencias entre ambas formas de responsabilidad que marcan su pertenencia a diferentes especies.

Quisiera referirme ahora a algunos ingredientes que juegan un papel diferente en ambos campos de la responsabilidad, por presencia o por ausencia. Vamos a ver primero algunos conceptos que campean en la responsabilidad por ilicitud, para luego compararlos con sus equivalentes en la responsabilidad *sine delicto*.

La doctrina ha señalado cinco rasgos que caracterizan el texto emanado de la Comisión de derecho internacional, recogido por la Resolución AGNU 56/83, que diferencian la responsabilidad actual de la clásica. Ellos son:

- Una fundamental diferencia de enfoque: mientras clásicamente la responsabilidad por ilicitud se enfocaba solamente desde el ángulo del tratamiento a extranjeros y de la protección diplomática, ahora se examinan sistemáticamente las consecuencias de las violaciones a las obligaciones internacionales.

¹ *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Kluwer Law International, 1996. Hemos adoptado esta nomenclatura porque se adapta al título del tema en la CDI: responsabilidad por actos no prohibidos, lo que en buen romance quiere decir, responsabilidad sin violación de obligación, esto es, *sine delicto*.

- No se menciona ni el daño ni la culpa como elementos necesarios para que se configure la responsabilidad internacional.
- Se aparta el articulado de la monolítica unidad de la responsabilidad clásica, para dar lugar a diferencias en las consecuencias de las violaciones según la naturaleza de la obligación violada y la gravedad de la violación. Resulta así que se enriquece el estudio de las obligaciones colectivas (*erga omnes y erga omnes partes*) y se contribuye a esclarecer la noción de orden público internacional al examinarse las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones imperativas, o de *jus cogens*.²

El daño y la culpa en la responsabilidad por ilicitud

Es interesante incursionar en el papel que el nuevo texto legal asigna al daño y a la culpa.³ También lo es que aquellos artículos no hablan de la culpa, ni requieren tampoco, al menos en el notable texto de su Art.1, la producción de un daño. En efecto, así reza este artículo inicial: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Ya veremos cómo el daño y la culpa juegan en la diferenciación de ambas formas de responsabilidad.

El daño

Como vimos, sólo dos elementos se mencionan explícitamente en el fundamental Artículo 1: el hecho ilícito de un Estado y su responsabilidad como consecuencia necesaria. En el tratamiento clásico del tema eran tres, sin embargo, los pilares de la responsabilidad del Estado, a saber: el hecho ilícito, el daño y la relación causal entre uno y otro. Esta última era un simple puente entre los dos primeros, que quedaban como elementos sustantivos de la responsabilidad.⁴ El primer Relator Especial, profesor Roberto Ago, daba como anexo necesario a la violación la producción de un daño material o moral⁵ y en ello coincidía la

² Estas obligaciones colectivas mencionadas en el célebre *dictum* de la decisión en el caso de la *Barcelona Traction*, que fueron estudiadas en relación con los tratados en la correspondiente Convención de Viena, son examinadas ahora en relación con la responsabilidad internacional y se enriquece así nuestro fragmentario conocimiento de dichas obligaciones.

³ La conclusión final es que el daño (material o moral) y la culpa pueden ser exigibles para configurar la responsabilidad del Estado por hecho ilícito si así lo establece la obligación primaria. Por ejemplo, en las obligaciones con respecto al trato a extranjeros, el daño es normalmente exigido para que surja la responsabilidad, y en las obligaciones de debida diligencia, la culpa (constituida por la negligencia) es también un ingrediente necesario. En ambos casos se trata de obligaciones primarias.

⁴ STERN, BRIGITTE, ‘Et si l’on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée a l’occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États’, 47 *AFDI* (2001), 2-44, at 4.

⁵ AGO, ROBERTO, “Third Report on State Responsibility” (Doc. A/CN.4/241 and ADD 1-6) para. 74: “en derecho internacional un daño material o moral, es necesariamente inherente a toda violación del derecho subjetivo de un Estado en el derecho internacional”. Nuestra concepción del daño jurídico excede ese alcance, ya que hoy debería extenderse, en las obligaciones *erga omnes* o *erga omnes partes*, hasta cubrir

Comisión, aunque introduciendo una variante decisiva “toda violación de una obligación hacia otro Estado implica *alguna forma de daño* a ese Estado” (bastardillas nuestras)⁶. No ya, entonces, un daño necesariamente material o moral, sino *alguna forma de daño*. Se abría así la puerta para el ingreso de la noción de *daño jurídico*. Pero la versión actual es diferente, pues parece querer desterrar de la definición de responsabilidad toda idea de daño.⁷

Ahora bien, *la responsabilidad es reparación o es punición, o es ambas cosas*. Los artículos del texto de la CDI han depurado a la responsabilidad de todo vestigio de elemento punitivo y dejado su entero campo a la reparación.⁸

Si responsabilidad es, pues, reparación, esta última no es sino reparación de un daño. Reparación y daño son el anverso y el reverso de la misma moneda. ¿Qué es lo que se repara si no hay daño? Y en última instancia, ¿qué es lo que queda de la responsabilidad en esta nueva definición de la CDI?⁹ Teniendo en cuenta que los artículos de la CDI no traen consecuencias específicas, o remedios, para las violaciones que no producen daño material o moral, la paradójica

los intereses colectivos jurídicamente protegidos de la comunidad internacional en su conjunto o de un grupo de Estados, respectivamente. (Ver nota 8).

⁶ *Report of the International Law Commission on the Work of its Twenty-fifth Session* (Doc.A/9010.Rev.1), *YILC* (1973), ii, 161-235, at 183, para. (12).

⁷ ‘[D]ans une telle perspective, le dommage se trouve évacué, non pas du droit de la responsabilité internationale, mais de sa définition (ou de son origine). Il n’est plus nécessaire à l’engagement de la responsabilité... la Commission... avait, à juste titre, écarté l’idée, entièrement artificielle, de “préjudice juridique”, qui n’ajoute rien à la conception objective de la responsabilité définie comme la conséquence du seul fait internationalement illicite’. (PELLET, ALAIN, ‘Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des Etats’, 42 *AFDI* (1996), 7-32, at 6-7).

⁸ En efecto, las consecuencias por violaciones que imponen los artículos de la CDI son todas ellas formas de reparación del daño material o moral: el Artículo 35 se refiere a la *restitución*, el 36 a la *indemnización*, y el 37 a la *satisfacción*. En cuanto al Artículo 30, advirtamos que la verdadera naturaleza de la otra gran consecuencia de la violación –se entiende, de una violación continuada– es la *cesación* y que ésta no es sino otra forma de reparación, ya que constituye la *restitución* en las violaciones continuadas y que las seguridades y garantías de no repetición son una simple forma de evitar la repetición del incumplimiento en el futuro. Ver, en este sentido, BARBOZA, JULIO, “Legal Injury, the Tip of the Iceberg in the Law of State Responsibility”, en *International Responsibility today. Essays in Memory of Oscar Schachter*. Edited by Maurizio Ragazzi. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden/Boston. 2005, pp. 7/23. Respecto al carácter punitivo de la satisfacción y de las seguridades y garantías de no repetición, que alientan algunos teóricos del derecho de gentes, parece imposible que haya lugar para resabio retributorio alguno en un texto que los elimina del templo mismo del castigo, que son las contramedidas: véase sino el Artículo 49, que las limita en su objetivo a inducir al Estado responsable a cumplir con las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte. Por lo demás, esta emasculación de las contramedidas despoja también de punición a las consecuencias de las violaciones graves de obligaciones imperativas del derecho internacional general.

⁹ Para un desarrollo más completo de este razonamiento, ver BARBOZA JULIO, *op.cit.*

conclusión sería que, luego de anunciar indirecta pero sonoramente, que el daño no es más condición necesaria de la responsabilidad, los artículos siguientes requieren, inexorablemente, que haya un daño (material o moral) para que surja la responsabilidad. Lo que equivale a decir que no hay responsabilidad sin daño (material o moral), contradiciendo así flagrantemente al Art. 1. O bien acudir a un recurso que suena más a verbo que a sustancia, y decir que en tales casos, la única responsabilidad sería *platónica*.¹⁰

Valga este circunloquio para establecer que el *daño jurídico*¹¹ producido por la violación de una obligación internacional es un elemento implícito en la definición del Art. 1. y un elemento esencial de la responsabilidad por hecho ilícito. Veremos enseguida el papel del daño en la responsabilidad *sine delicto*.

La culpa

Dos aspectos sumados hacen la responsabilidad:

- el elemento subjetivo que es la conducta de una persona (órgano del Estado, por ejemplo) atribuible al Estado (hecho del Estado).
- el aspecto objetivo (violación), que es el contraste de ese hecho del Estado con la conducta exigida por una obligación internacional.

Parte importante de la doctrina, que se remonta a Grocio, exigía la presencia de un tercer elemento: la culpa¹² del sujeto imputado. El Príncipe no respondía por los actos de sus ministros si no había culpa de su parte, esto es, si no había mediado la *patientia*, que era un dejar hacer a los individuos sin prevenir ni impedir, pudiendo hacerlo, la conducta contraria a la obligación internacional. Habiendo *patientia*, el Príncipe hacía suya la conducta ilícita. Esta concepción dominó la doctrina largo tiempo.

Anzilotti asume una posición antitética. La imputabilidad, (atribución al Estado de un comportamiento objetivamente contrario al derecho) se basa en una mera relación de causalidad: basta comprobarla para establecer la ilicitud de la conducta. La responsabilidad internacional es entonces, según Anzilotti, enteramente objetiva. El dolo y la culpa son actitudes de la voluntad humana como hecho psicológico, estrictamente propio de personas físicas. El Estado,

¹⁰ Como sugieren Daillier y Pellet, '[L]a responsabilité pour manquement à une règle de droit international demeure purement théorique si le fait internationalement illicite n'a causé aucun préjudice... Si le fait internationalement illicite n'a causé aucun dommage, la responsabilité demeurera platonique et ne pourra donner lieu à réparation'. Nguyen Quoc Dinh, Daillier and Pellet, *Droit international public* (6th edn., 1999), 765.

¹¹ O sea, aquella "forma de daño" presentida por la CDI cuando corrigió la fórmula de Ago, y que consiste en un perjuicio causado, tanto en la esfera de los derechos subjetivos del Estado afectado, como (visto hoy en día) en el derecho objetivo de la comunidad internacional, al que la violación disminuye en su efectividad y ataca en los pilares mismos de su sustentación.

¹² Culpa *lato sensu*, esto es, tanto la intención de violar la obligación que importa el *dolo*, como el descuido en la conducta misma que implica la negligencia.

como persona colectiva, carece de la posibilidad de tener culpa propia.¹³ La culpa, por residir esencialmente en una persona física, no puede en ningún caso ser traspasada al Estado. El derecho interno determina cuándo un acto de una persona es atribuible al Estado. Establecido esto, Anzilotti considera las dos únicas hipótesis posibles: o bien que el hecho violatorio de la obligación internacional hubiera sido cometido en violación también del derecho interno, en cuyo caso existiría culpa de la persona-órgano, pero no sería transmisible al Estado porque éste había prohibido esa conducta; no era por ende un hecho del Estado; o bien que el hecho violatorio de una obligación internacional estuviera autorizado por el derecho interno; en cuyo caso la conducta del órgano es imputable al Estado, pero habiendo cumplido con el derecho interno, la persona-órgano no tenía culpa alguna que transmitir: la conducta imputada al Estado no lleva en sí misma la culpa.

Sin embargo, Anzilotti comprobaba que para el derecho internacional vigente existía violación y responsabilidad en ambos casos: estaba ya entonces bien establecido que la conducta del órgano que actúa *ultra vires* o aún en contra de sus instrucciones en violación de una obligación internacional del Estado origina responsabilidad para éste.¹⁴ La conclusión de Anzilotti era que, si el derecho de gentes hacía responsable al Estado aún cuando éste no tenía culpa se debía a que en el derecho de gentes la responsabilidad era enteramente objetiva y la culpa irrelevante.

Roberto Ago, el primer relator especial después del fallido intento de García Amador, criticó esa posición en su famoso curso en la Academia de La Haya de 1939. Para este profesor, el momento lógico en que se presentaba la cuestión de la culpa era cuando una cierta conducta se imputaba al Estado. Si la conducta de un órgano del Estado era contraria a una obligación internacional de ese Estado, aún podía hacer falta la culpa de aquel órgano para que la conducta le fuera imputable a éste. Recordar que en la responsabilidad del Estado el sujeto autor de la conducta (un individuo) es distinto del sujeto que carga con la responsabilidad (el Estado).

La negativa de Anzilotti se basaba en la separación entre la persona del Estado y su órgano: el Estado estaba sometido al derecho internacional y el órgano al derecho interno. Pero señaló Ago que el órgano no era diferente y separado del Estado; era el Estado mismo. Y el Derecho internacional contemplaba esa conducta a la luz de sus propias reglas, -no las del derecho

¹³ Circunvalar el obstáculo acudiendo a la culpa *in eligendo* del Estado por la conducta culpable del órgano no serviría, porque finalmente el depositario de la culpa *in eligendo* sería otro órgano del Estado, esto es, otra persona física o grupo de personas si es un órgano colectivo. Sólo se retrocedería un paso sin cambiar de situación.

¹⁴ Anzilotti sortea esa primera dificultad diciendo que en ese caso no había verdaderamente responsabilidad estatal sino un mecanismo de garantía que el Estado habilitaba para hacerse cargo de las lesiones que ocasionara el funcionamiento del aparato estatal. El Estado se hacía cargo, no de una conducta que no podía serle imputada, sino de las consecuencias de los hechos de sus órganos.

interno- y por ende, podía considerar que la conducta tenía dolo o culpa aunque no lo estimase así el derecho interno.

A diferencia de Anzilotti, para quien la asignación al Estado de la voluntad y acción de la persona – órgano era obra exclusiva del derecho interno, para Ago la imputación al Estado de una conducta en el plano internacional debía ser hecha por las normas vigentes en ese plano, o sea el del derecho internacional. Este sólo tenía en cuenta la organización del Estado para saber cuáles eran los órganos que actuaban por cuenta de aquel,¹⁵ pero era libre de imputar al Estado, como sujeto del derecho de gentes, la acción y voluntad de sus órganos o de otras personas, como en realidad lo hace. La teoría objetiva, en el sentido de excluir completamente la culpa del derecho internacional se derrumba. Desaparece esa dualidad de derecho internacional y derecho interno que hacía lógicamente imposible que, o bien no existiera culpa (cuando el derecho interno no prohibía la acción del órgano que le estaba sometido) o bien que existiera pero no fuera transmisible al Estado (por ser contraria al derecho que aquél había establecido).¹⁶

La Comisión decidió que, en efecto, son las obligaciones emanadas de una norma primaria las que determinan cuándo la culpa es exigible. Así sucede, por ejemplo, en las obligaciones de debida diligencia, cuya violación requiere el elemento subjetivo de la culpa (negligencia).¹⁷

La responsabilidad *sine delicto*

Introducción

La responsabilidad *sine delicto* es la que se genera en ciertos casos en que se causa un daño sin violación de obligación, a diferencia de la que vimos anteriormente, que se basa en el hecho ilícito de un Estado.¹⁸ En el derecho interno de los países de tradición jurídica romana, el terreno del acápite esta ocupado en su casi totalidad por la llamada *responsabilidad por riesgo* y emerge precisamente, como vimos, de la creación de un riesgo acrecido a través del desarrollo de una cierta actividad peligrosa. En la tradición jurídica anglosajona, la responsabilidad *sine delicto* es parte de la llamada *strict liability*, una responsabilidad sin culpa que admite escasas excepciones. Tiene antigua prosapia: ya en el derecho romano existía ese tipo de responsabilidad por el mantenimiento de animales salvajes, y el principio que la establece ha sido recogido por gran número de órdenes jurídicos del mundo, particularmente en nuestros días. Se

¹⁵ Para el derecho internacional, el derecho interno es un simple hecho.

¹⁶ Tampoco hay necesidad de recurrir a la teoría de la garantía ni razón lógica que impida al derecho internacional tener en cuenta -o no- el carácter voluntario de la infracción del órgano para dar valor jurídico al dolo o la culpa como condición de la existencia de un hecho ilícito del Estado.

¹⁷ Ver James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 13, 14.

¹⁸ O sea, cuando un Estado viola una obligación internacional y por ende comete un hecho ilícito.

aplica a actividades que, aunque peligrosas, son lícitas debido a su utilidad para la sociedad que las permite, y en las que la responsabilidad por los daños causados surge aunque se hubieran empleado las precauciones debidas para tratar de evitar los accidentes. No interesa, por ende, la culpa: si se produce un daño y la relación causal queda establecida, debe indemnizarse sin más. Un ejemplo serían las indemnizaciones por accidentes del trabajo en la legislación interna de muchos países. En lo que toca al derecho internacional, si bien una corriente mayoritaria de opinión considera que no existen normas de derecho internacional general que consagren este tipo de responsabilidad, ella es recogida en numerosos tratados en los que la responsabilidad se canaliza hacia el explotador y en algunos casos, como en las convenciones de responsabilidad por daños nucleares, (de París y de Viena) el Estado tiene una responsabilidad residual. Hay sólo una convención en la que se atribuye exclusiva responsabilidad *sine delicto* al Estado: la relativa a los daños producidos por objetos lanzados al espacio. Pero varias actividades específicas han sido materia de tratados que crearon para ellas un régimen de responsabilidad *sine delicto*, como el transporte de petróleo por mar o su explotación *off-shore*, las actividades nucleares, las espaciales, el transporte de materiales radiactivos y la utilización de buques propulsados con energía nuclear, la acumulación y el transporte de desechos peligrosos, etc.

Como veremos más adelante, el tema fue materia de codificación en la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas. En el debate, la Comisión insistió en que “prevenir era mejor que curar”, o sea, que prevenir el daño era mejor que indemnizarlo e incluyó la prevención del daño como parte integrante del tema. Lo transformó con ese aditamento en un proyecto de régimen internacional de las actividades peligrosas, que son las más propicias a producir incidentes causantes de daños transfronterizos y lo dividió en dos cuerpos normativos: el uno sobre prevención y el otro sobre responsabilidad. El primero serviría de base a una convención que hiciese obligatorios sus términos para los Estados que la suscribieran y el segundo enunciaría simplemente principios sobre la responsabilidad que no tendrían carácter vinculante. Como ambos proyectos están unidos por aplicarse al mismo género de actividades, existen conceptos que les son comunes. Por ejemplo, el de “riesgo”, que califica a las actividades materia de las normas.

Naturaleza

La indiferencia del derecho hacia la culpa en estas actividades se debe a que predominan a su respecto consideraciones de tipo práctico: las actividades en cuestión no pueden prohibirse, a pesar del riesgo que engendran, por ser socialmente útiles, o por haberse incorporado a la vida moderna en forma tal que no se las puede erradicar. La reparación de los daños debe ser expeditiva, lo que sería imposible -además de injusto- si se cargara a la víctima la prueba de la culpa.

Son otros los razonamientos que se imponen: los daños originados se consideran costos inherentes a la actividad, que si no se hicieran recaer sobre el

explotador o el empresario originarían un enriquecimiento sin causa. Los daños producidos por la actividad peligrosa quedarían externos a la empresa si debieran ser soportados por las víctimas, siendo que son inherentes al riesgo que la actividad crea; sus costos deben por ende *internalizarse*.

No se detiene ahí el razonamiento: en último extremo, siendo social la utilidad de la actividad peligrosa, no sería apropiado tampoco que esos costos estuvieran sólo a cargo de una persona, aunque fuera el explotador de la actividad: deben transitar al conjunto de la sociedad. Es por ello que se los hace recaer en primera instancia sobre el explotador, que es el mejor colocado para aumentar los precios de sus servicios y así trasladar el costo de las indemnizaciones, o de los seguros que tome para cubrirse, al conjunto social. Se cierra así el círculo: una actividad que se permite por ser socialmente útil aunque cause daños a individuos aislados debe compensar a esas personas por sus pérdidas y las indemnizaciones ser financiadas en última instancia por la sociedad, destinataria final del beneficio de la actividad.

Como se ve, no faltan argumentos para fundamentar este tipo de responsabilidad. Incluso para satisfacer a quienes no conciben la reparación sin previa culpa [en sentido lato: negligencia o dolo], se puede pensar en la existencia de una *culpa condicional* consistente en aparejar a la creación del riesgo una forma de culpa que queda latente hasta que se produce la condición - el daño - que la trae de la potencia al acto.

Suele también llamarse a esta responsabilidad “objetiva”. Por nuestra parte, propusimos “causal”¹⁹, puesto que opera por el mero nexo causal entre el acto y el resultado perjudicial. Tras posterior reflexión, llamarla “responsabilidad *sine delicto*” nos parece lo más apropiado y específico al tema de la CDI, porque surge sin que se viole obligación alguna, esto es, sin hecho ilícito.²⁰

Las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible son la materia del tema que estamos estudiando. Algunos miembros hubieran querido restringir el alcance del proyecto a las llamadas “actividades ultra-peligrosas” (*ultra - hazardous activities*), o sea a aquellas que aparejan una baja probabilidad de daño catastrófico, como la industria nuclear, las actividades espaciales, etc. La mayoría favoreció un enfoque más amplio, que comprendiera también aquellas actividades que tienen una probabilidad alta de daños simplemente de cierta significación (daños sensibles).

¹⁹ Ver Julio Barboza, "La responsabilité causale dans la Commission du Droit International", *Annuaire Français du Droit International*, 1988, pp.513-523.

²⁰ El título era “Responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, o sea que el énfasis se ponía en la licitud de los actos que causaban el daño. Por lo demás, la responsabilidad *objetiva* puede ocurrir con o sin violación de obligación. La mayor parte de las obligaciones que no son de debida diligencia caen bajo este rubro.

El concepto básico es el de “riesgo de causar un daño transfronterizo sensible”. Se define como el que abarca desde una “baja probabilidad de causar un daño catastrófico a una alta probabilidad de causar otro daño sensible.”(Art. 2. a)²¹. En suma, en lugar de definir separadamente el concepto de *riesgo* y el de *daño sensible*, era preferible definir la expresión: *riesgo de causar un daño transfronterizo sensible*. Y eso debido a la interrelación entre *riesgo* y *daño* y a la relación que guardan ambos con el adjetivo *sensible*.

La Comisión combinó el riesgo y el daño para fijar un umbral debajo del cual no hay efectos jurídicos. Y ese umbral se refiere al efecto combinado de la probabilidad de ocurrencia de un accidente y de la magnitud de su impacto dañino. Las actividades que impliquen una baja probabilidad de un daño simplemente sensible están excluidas.

Diferencias entre la responsabilidad por hecho ilícito y la *sine delicto*

La CDI dijo, al separar el tema de la responsabilidad por hechos ilícitos del presente, en un célebre párrafo: “En vista del *fundamento* enteramente 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 mas difícil la comprensión de una y otra.”²² A continuación se desarrollan las diferencias existentes entre la responsabilidad por hecho ilícito, materia de los capítulos anteriores, y la responsabilidad *sine delicto*.²³ Veamos primero las que menciona el párrafo transcripto.

- **Distinto fundamento.** El fundamento de la responsabilidad por ilicitud es la violación de la obligación, el hecho ilícito que causa un daño jurídico y que exige el retorno a la legalidad; el de la responsabilidad *sine delicto*, por el contrario, encuentra su fundamento en el daño producido por un hecho lícito. No hay daño jurídico ni existe por ende el reclamo de retorno a la legalidad. Estas diferencias aparejan varias otras de las que se da cuenta enseguida.

- **Naturaleza diferente de las normas.** A diferencia de las obligaciones que emergen del hecho ilícito para el Estado autor, impuestas en normas *secundarias*, la responsabilidad *sine delicto* se ubica en el terreno de las normas *primarias*. Es natural, ya que la responsabilidad surge sin violación de obligación y por ende pertenece al trecho normativo anterior al incumplimiento. Por ende, la indemnización correspondiente al daño producido tendría el carácter, no de una sanción, sino de una prestación establecida por la norma primaria. Esta ubicación en el tramo de la norma primaria milita en favor de aquellos que prefieren ver en

²¹ Del proyecto sobre prevención, aplicable también al de responsabilidad.

²² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1973, vol II, p.172, doc. A/90 10/Rev.1, para. 38 (Bastardillas nuestras).

²³ Conviene poner de manifiesto las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad, puesto que en la Comisión subsistió durante mucho tiempo -y acaso no esté superada todavía hoy en la mente de algunos de sus miembros- la confusión entre dichos tipos.

la reparación una garantía que el empresario - particular o estatal - ofrece como condición de licitud de su actividad peligrosa, más que una responsabilidad propiamente dicha. En todo caso parece un poco tarde para cambiar el nombre, desde que en todos los sistemas jurídicos del mundo, incluido el internacional, se la conoce con el nombre de “responsabilidad” con un aditamento, como el de “objetiva”, o “por riesgo”, “causal”, “sine delicto”, etc. Lo único que estos tipos de responsabilidad tienen en común es que los dos se ocupan de las consecuencias jurídicas de ciertos hechos, pero por motivos radicalmente diferentes: en una de ellas a partir de la violación de una obligación y en la otra de la mera producción de un daño material, sin que medie violación de obligación alguna. Para completar el concepto que desarrollamos: entraríamos en el terreno clásico de la responsabilidad por hecho ilícito solamente si el responsable, una vez producido el daño que tiene la obligación de indemnizar, no cumple con esta obligación, poniendo así en movimiento las consecuencias de dicha violación y por ende la responsabilidad consiguiente. La diferencia comentada respecto a las normas primarias y secundarias es el reflejo en la esfera normativa de la diferencia esencial que media en la realidad de la conducta entre estos dos tipos de responsabilidad que consideramos: una se produce por una actividad, o conducta ilícita y la otra por una lícita. Por otra parte, la distinción entre normas primarias y secundarias no es un mero mecanismo de análisis, sino un instrumento lógico que no se deja relativizar y trasciende de la realidad de la que deriva: en un caso, la conducta que origina ciertas consecuencias legales (establecidas en la norma secundaria) es una conducta *ilícita*, porque surge de la violación de una obligación, mientras que en el otro es una conducta *lícita* desde que ninguna obligación se incumple (y las consecuencias del daño se atribuyen por la norma primaria).

- **Atribución de conducta al Estado.** Otro rasgo distintivo se encuentra en el campo de la *atribución* (imputación). Hemos visto que en la responsabilidad por hecho ilícito se atribuye al Estado la conducta de ciertas personas actuando en determinadas condiciones. Sus comportamientos se consideran un “hecho del Estado”, básicamente cuando esas personas o entidades son órganos del Estado (Art.4), o ejercen atribuciones del poder público (Art. 5) o actúan bajo la dirección o control del Estado (Art.8), o lo hacen en ausencia o defecto de las autoridades oficiales (Art.9). En los tratados en que se establece la responsabilidad *sine delicto*, en cambio, las conductas que originan el daño *no se atribuyen al Estado*, y las obligaciones que a éste incumben nacen simplemente porque dichas actividades se desarrollan bajo su jurisdicción o control. Así sucede en el único caso en que se asigna directamente al Estado una responsabilidad *sine delicto*, el de la Convención sobre responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, (el Estado de lanzamiento) así como en los convenios en los que, imponiéndose la responsabilidad al explotador, se atribuye al Estado una responsabilidad subsidiaria en relación con las víctimas.²⁴ No parece, sin embargo,

²⁴ El artículo 7 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares dispone que: "...El Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para

que esta responsabilidad se origine en la imputación al Estado de ciertas *conductas* de personas físicas o morales, sino más bien en la atribución de las *consecuencias* transfronterizas de tales conductas (daños causados) que el Estado asumiría presumiblemente por su condición de sujeto del derecho de gentes. La anterior es, ciertamente, una consideración importante. No se puede asignar al Estado, en el campo de la responsabilidad por hechos ilícitos, las consecuencias de la conducta de terceros que le son enteramente ajenos, o que no actúan de alguna manera como sus órganos, *de jure* o *de facto*. Ya habíamos visto que cuando aparentemente eso sucede, como en caso de atentado a una Embajada por individuos no vinculados al Estado ni actuando bajo su control, en realidad el Estado sería responsable por la eventual negligencia de sus propios órganos en impedir el atentado y no por la acción de esos terceros. Por el contrario, la responsabilidad *sine delicto* surgiría, en las convenciones que asignan alguna responsabilidad al Estado, por el simple hecho de que la actividad peligrosa que causó el daño tuvo lugar bajo la jurisdicción o el control del Estado de origen, o sea que sería más amplia.²⁵

- **El daño.** El papel que en uno y otro caso desempeña el *daño* es otro rasgo distintivo entre los tipos de responsabilidad que consideramos. Como vimos, la Parte I del proyecto de responsabilidad de los Estados (por hecho ilícito, se entiende) no asigna al daño ninguna función para determinar la violación de una obligación internacional, siendo esa una de las características salientes del proyecto de la CDI.²⁶ Vimos que, en realidad, el daño jurídico es condición de la reparación cuando se trata de la responsabilidad por ilicitud, pero no se exige la existencia de un daño material para que aquella responsabilidad surja: el daño jurídico es *consecuencia inevitable* de la violación, va aparejada con ésta, es por así decirlo otra forma de referirse a la violación, mientras que en la responsabilidad *sine delicto* es el daño *material* el que la desencadena. En aquella otra, el daño *sigue a la violación y es su consecuencia*, en ésta el daño es *anterior*

cubrir las indemnizaciones..." En el mismo campo de la energía nuclear, la Convención de Bruselas, complementaria de la de París, limita la responsabilidad del explotador en 5 millones de D.E.G. (derechos especiales de giro) por incidente, pero lo que va entre esa suma y 175 millones debe ser provisto en fondos públicos por el Estado de la instalación, y lo que va entre esa última cantidad y 300 millones debe ser puesto por el conjunto de Partes contratantes, de acuerdo con una fórmula establecida en el artículo 12. En nuestra opinión, también esta responsabilidad subsidiaria del Estado es *sine delicto* y relativiza la afirmación general de que la Convención espacial citada es la única en la que el Estado tiene ese tipo de responsabilidad.

²⁵ Es nuestra opinión que la *imputación de conducta* del órgano al Estado es una ficción jurídica destinada a facilitar la utilización del mecanismo de la responsabilidad antropomorfizando a un sujeto de derecho que no posee características humanas. Pero es claro que en la responsabilidad *sine delicto* emplear esa técnica es imposible e inútil, por tratarse en todo caso de una responsabilidad donde la intención culpa no cumple papel alguno.

²⁶ "Sin embargo, parece evidente...que el daño no es una condición indispensable para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, ni un elemento constitutivo particular de tal concepto." *Anuario...1973*, Vol.II, p. 187. Véase el razonamiento completo de la Comisión en el punto 12) del comentario al artículo 3 de la Parte I del proyecto.

y sin embargo no hay violación. El daño material es su condición *sine qua non* y pone en movimiento el mecanismo de la norma primaria que hace exigible la prestación que es el contenido de la obligación de indemnizar. No habiendo violación tampoco hay, por consecuencia, daño jurídico.

- **La culpa.** Suele decirse que la responsabilidad *sine delicto* es una responsabilidad sin culpa. Efectivamente, en los casos normales se exime al actor de la prueba de la culpa, por cuanto este tipo de responsabilidad debe facilitar el cobro de las indemnizaciones para que una actividad peligrosa pueda, sin demoras ni injusticias, funcionar en el seno de una sociedad moderna. Pero en realidad, lo que sucede es que la culpa juega un papel menor en este campo, un papel casi nulo pero sin embargo en alguna medida existente. En algunos tratados se exime de reparación ciertos casos extremos de fuerza mayor, como la guerra civil o a veces la acción terrorista, o cuando existe culpa de la víctima o se disminuye proporcionalmente si hay culpa concurrente, etc. Eso parece querer decir que aún en esta forma de responsabilidad, se exime de la prestación indemnizatoria al *prima facie* responsable en casos en que obviamente carece de toda culpa -sin mencionar esta circunstancia, que se deduce buscando la causa de la exención- aunque en otros, como veremos, se carga la indemnización por razones prácticas a personas que no tienen con el hecho que produjo el daño sino una relación muy indirecta.

- **La reparación.** En cuanto a la *reparación*, sabido es que el principio dominante en la responsabilidad por ilicitud es el de la *in integrum restitutio*, “borrar las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que hubiera existido si el hecho no hubiera tenido lugar”²⁷. Si bien hay una tendencia a que en la responsabilidad *sine delicto* se llegue asimismo a similar resultado, y que incluso alguna forma de restitución también se ensaye en el terreno del daño al medio ambiente cuando se imponen medidas de restauración del *statu quo ante*, el hecho de que sea una actividad lícita la que origina el daño y que lo que parece una reparación es, en realidad, una *prestación* para mantener la licitud de la actividad, hace posibles otras diferencias, como la de fijar topes a las indemnizaciones²⁸, rasgo contrario a la lógica de la reparación del daño causado por el hecho ilícito. La noción de que pueden distribuirse los costos, no en proporción de las culpas sino por razones pragmáticas, sería acaso impensable en la responsabilidad por hecho ilícito. La reparación, entonces, no tiene la misma naturaleza en los dos tipos de responsabilidad: cuando media la violación de una obligación, el principio es categórico: hay que borrar las consecuencias del hecho ilícito. Cuando no existe dicha violación, la equidad y la justicia aconsejan llegar lo mas cerca posible de la regla de Chorzow, pero puede ceder este principio a consideraciones de tipo práctico, como por ejemplo que no puedan conseguirse seguros para cantidades proporcionalmente muy grandes, o que el pago total

²⁷ CPJI, El caso de la fábrica de Chorzow, 1928, Serie A, No 17, p.47. (Traducción nuestra).

²⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 11 del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, de Roma (1952), que limita la indemnización en relación con el peso de la aeronave.

condene a la empresa que conduce la actividad peligrosa pero socialmente útil a costos que la hagan antieconómica, etc.

- **La cesación.** Habría también una diferencia aparente en cuanto al concepto más o menos ortodoxo de *cesación*, esto es, la terminación del acto continuado violatorio, que es considerado por la CDI como una de las dos consecuencias del ilícito (siendo la otra la reparación) y por ende de la esencia de la responsabilidad por ilicitud.²⁹ Se ha dicho - y en eso nos incluimos - que en la responsabilidad *sine delicto* no hay cesación de la actividad, porque es igualmente de la esencia de esa responsabilidad que la actividad continúe. La cesación, en la responsabilidad por ilícito, cabe cuando la violación es *continua, o sea es causada por un acto continuo*. La continuidad del acto,³⁰ en el campo de la responsabilidad *sine delicto* tiene la virtud de transformar la naturaleza de la actividad. En efecto, si lo que produce el daño transfronterizo es un *acto* continuo,³¹ llegaría un momento en que dicho acto, por ser continuo y de resultado perfectamente previsible, cambiaría el carácter de la actividad. Tal tipo de daño ya no sería contingente, sino necesario y lo que pudo concebirse como simplemente peligroso se transforma en simplemente nocivo. El concepto de *riesgo* implica, precisamente, el de la contingencia del daño, y en la hipótesis que consideramos llegaría un momento en que puede haber *certeza* del perjuicio, no obstante lo cual el acto violatorio continúa. Este tipo de actividades fue calificado en un primer proyecto en la C.D.I. sobre responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional como *actividades de efectos nocivos*, respecto a las cuales *hay motivos para pensar que serían en principio ilícitas en el derecho internacional general*, por la existencia de culpa *lato sensu*.³² Cuando entra en juego, entonces, la cesación es porque ya la actividad en

²⁹ Hemos expresado nuestra opinión, algo más arriba, sobre la verdadera naturaleza de la cesación como una forma de reparación: la restitución en las violaciones por actos continuados. Pero es evidente que uno de los elementos de la cesación es el dejar de hacer: para “poner fin” a una violación continuada, además de hacer algo establecido por la obligación original, es menester dejar de hacer lo que se estaba haciendo y es que, en realidad, el hacer algo diferente implica dejar de hacer lo que constituía la violación.

³⁰ La violación por acto continuado, según dijimos en el capítulo anterior, tiene la virtud de prolongar la existencia de la obligación primaria en el campo de la responsabilidad por hecho ilícito. En el campo de la responsabilidad *sine delicto* tiene el efecto que se indica arriba.

³¹ Hacemos una distinción entre acto y actividad. Sin intentar aquí una definición formal de actividad, parece que esta última estaría normalmente compuesta de muchos actos, generalmente orientados hacia un fin común. La fundición del acero es una actividad lícita, pero puede haber actos de esa actividad, caracterizados por el uso de ciertos elementos en el proceso productivo, - como en el caso de la fundición de Trail - que produzcan el daño transfronterizo y que sean, asimismo, continuados.

³² Veremos un poco más adelante la opinión, coincidente en principio con lo que dijimos, del Grupo de Expertos en derecho del medio ambiente de la Comisión Bruntland. Naturalmente que si se corrige el proceso que causaba el daño en forma tal que éste se elimina, por ejemplo, al cambiar un cierto elemento empleado en la producción, o al utilizar algún filtro u al tomar otra medida de ese estilo, no habría ya más razón para que la actividad cesara.

cuestión puede haber perdido su carácter original de ser una actividad de riesgo; en tal caso la responsabilidad que cabría aplicar a partir de allí sería eventualmente por hecho ilícito. La cesación simplemente no es aplicable en la responsabilidad *sine delicto*, porque cuando aparentemente se impone es porque la naturaleza de la actividad cambió y la cesación se aplica entonces a un hecho ilícito continuado. Si, como pensamos, la cesación no es sino la *restitución* de los hechos ilícitos originados en violaciones continuadas, es claro que no existe en la responsabilidad *sine delicto*, desde que las indemnizaciones que pueden allí fijarse no tienen el carácter de reparación, sino de *prestación* establecida en la obligación primaria.

- **La colectivización de la responsabilidad *sine delicto*.** El concepto clásico de causación ha sido reemplazado a veces en el terreno de la responsabilidad *sine delicto* por construcciones jurídicas como la responsabilidad cuasi colectiva. Es muy interesante anotar que la reparación del daño se reparte entre sujetos que no causaron el incidente que produjo el dicho daño, pero que tienen relación estrecha con la actividad peligrosa que le dio origen. Las redes de protección, la canalización de la responsabilidad, la responsabilidad residual del Estado o los fondos compensatorios son mecanismos en los que consideraciones prácticas prevalecen sobre conceptos estrictos de causalidad. La canalización de la responsabilidad³³ es un recurso en cuya elección prevalecen, por sobre los vínculos causales, criterios pragmáticos como la simplificación de los esquemas de seguros, la facilidad de ciertas personas -explotador u otros- de transferir los costos del seguro al precio de sus productos, la conveniencia de las víctimas de encontrar una cabeza visible contra quien instituir procedimientos judiciales, etc. En el mismo sentido hay que considerar la responsabilidad residual del Estado, cuando ésta se impone para completar los montos de indemnización, cualquiera sea su responsabilidad en la causación del daño, simplemente porque la actividad que lo provocó estaba bajo su jurisdicción o control. Del mismo modo deben ser vistos los fondos compensatorios como un mecanismo para distribuir entre un número de explotadores las pérdidas emanadas de accidentes causados por la actividad, ya tengan dichos explotadores relación o no con el accidente mismo, y así sucesivamente. La participación de estos personajes en el escenario de la responsabilidad nada tiene que ver con la causación individual, que es esencial y no transferible en la responsabilidad por hecho ilícito.³⁴ Esta forma de atribución “colectiva” en forma de redes o de capas de responsabilidad tiene que ver, en algunos casos, con la incertidumbre y complejidad de los vínculos de causalidad en lo relativo al medio ambiente, por ejemplo, o con el manejo de tecnologías complicadas que hacen muy difícil discernir las causas productoras del daño.

³³ O sea, la atribución de la responsabilidad a una persona determinada, normalmente el explotador, o a personas determinadas.

³⁴ Por lo menos para la imputación de conductas. A veces las consecuencias se transfieren del autor a otro sujeto, como en el caso del padre respecto a los daños causados por sus hijos menores, pero no se le imputa a éste la conducta de sus hijos.

Conclusión respecto a las diferencias

Lo indicado más arriba muestra una decisiva diferencia entre dos formas distintas de respuesta a estímulos que son también diferentes (hecho ilícito o daño). Parecen existir dos ejes en la responsabilidad *sine delicto* estrechamente ligados entre sí: *la ausencia de culpa y la existencia de riesgo*. Tal combinación posibilita el equilibrio de los diversos intereses enfrentados: no hay nadie a quien culpar por los perjuicios que cause la actividad peligrosa. De los dos ingredientes mencionados, sin embargo, el más característico de esta responsabilidad es el ingrediente del riesgo. Es el riesgo el que introduce a las actividades peligrosas dentro de una zona gris entre la legalidad y la ilegalidad y que requiere un régimen especial para su manejo jurídico. Es el riesgo, en suma, el que la aparta del tema de la responsabilidad por hecho ilícito, como se verá.

El riesgo no puede ser proscrito de las actividades legales, o prohibido, sin dar un golpe mortal al progreso tecnológico de la humanidad. Normalmente, tampoco se indemniza en la práctica internacional si no se concreta en un daño, acaso debido a su naturaleza abstracta. El riesgo, sin embargo, es el factor que desequilibra los intereses cuando se introduce una actividad nueva peligrosa. Debe restablecerse ese equilibrio a través de instrumentos y medidas de carácter jurídico.

De ahí una primera conclusión: un régimen que busque ese objetivo debe focalizarse, no solamente en la indemnización de los daños cuando éstos ocurran, sino en minimizar el riesgo, o sea en las obligaciones de prevención. El riesgo, imposible de desterrar y difícil de indemnizar, debe ser administrado. Es por ello que originalmente se pensó en incluir prevención y responsabilidad en un mismo instrumento. La Comisión decidió posteriormente dividir ambos temas³⁵ que sería deseable fueran nuevamente reunidos por la Asamblea General.³⁶

Para el funcionamiento eficiente de una actividad de riesgo, las indemnizaciones deben basarse en un régimen que tenga en cuenta las dificultades naturales de probar, en algunos terrenos normativos propios de la responsabilidad *sine delicto*, no ya la culpa sino la causación misma del daño. Por ende, deben aplicarse criterios flexibles a este respecto, que permitan una distribución equitativa de la carga de riesgo y daño, aunque los vínculos causales puedan adolecer de alguna incertidumbre científica.

En suma, los criterios predominantes en un régimen jurídico de actividades de riesgo deben tener en cuenta que el principal objetivo de tal régimen no es hacer recaer el peso de la responsabilidad en quien tiene la culpa del daño causado, sino alcanzar eficiencia en la administración del riesgo y en la distribución equitativa

³⁵ Acaso con el propósito de eliminar de la agenda de la CDI el tema de la responsabilidad y dejar solamente la prevención, que estaba -en criterio de los miembros por los países desarrollados- más sustentado por la práctica internacional.

³⁶ Véase Barboza, Julio, "Liability: Can We put Humpty-Dumpty together again?", *Chinese Journal of International Law*, 2002, N° 2, pp. 499-527.

de los beneficios y daños inevitablemente relacionados con las actividades peligrosas.

Ignorar el riesgo lleva a algunos autores a una incomprensión total de la responsabilidad *sine delicto* y a la errónea conclusión de que, sustancialmente, el tema de la llamada *liability*³⁷ no es sino parte de la responsabilidad por hecho ilícito, en suma una obligación estricta de evitar un cierto resultado.³⁸ Sin embargo, muy otro es el concepto de las obligaciones de evitar un acontecimiento dado en la responsabilidad por hecho ilícito. La CDI, en primera lectura,³⁹ se refiere a la violación de este tipo de obligaciones en manera bien distinta a la que viene de describirse y dentro de la lógica de esa forma de responsabilidad, siguiendo la orientación que le diera el Profesor Roberto Ago. Estas son una especie del género de las obligaciones de resultado, y para su violación el proyecto exigía que el resultado no fuera logrado, ya fuera este positivo (conseguir cierto logro) o negativo (impedir un cierto evento). Pero claramente esto no bastaba, en criterio de la Comisión; era necesario examinar los medios empleados y si éstos eran razonables para impedir el resultado, no se producía la violación.⁴⁰ Esto está a remota distancia del corset ideológico descrito, de una

³⁷ La expresión *liability*, que proviene del *common law* anglo-norteamericano, adquirió, en la jerga jurídica de las Naciones Unidas, el significado de “responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional”, o sea lo que llamamos responsabilidad *sine delicto* por oposición a la responsabilidad por hecho ilícito.

³⁸ Como Natalie Horbach, en *Liability versus Responsibility Under International Law, Leiden, 1996*, por lo demás una tesis doctoral meritoria. Dice esta autora: “...Under the Topic of international liability...the international obligation to prevent the occurrence of a given event is exactly the kind of primary rule the State will breach when it does not prevent the occurrence of transboundary injury. The violation of such rule is therefore contingent upon the occurrence of injury alone. The degree to which the State was capable of preventing such injury, however, will play no role. No matter what degree of diligence is used, even the maximum diligence, this will not exempt a State of responsibility. The fact of causation of injury will generate responsibility, which illustrates the strictness of the obligation and forms the basis of objective responsibility.” (*Op.cit.*, p. 49.)

³⁹ En segunda lectura se suprimieron algunos artículos referentes a los diversos tipos de violaciones, entre ellos las de obligaciones de prevenir un resultado determinado.

⁴⁰ “Dicho esto, sería una equivocación pensar que la disposición generalmente formulada en el artículo 21 para definir las condiciones de la violación de resultado basta por sí sola para resolver los problemas que se plantean en el caso de que el resultado exigido por la obligación es la prevención por el Estado de un acontecimiento *debido a factores ajenos a su acción*. [...] La realización del acontecimiento no constituye, sin embargo, la única condición específicamente requerida para que haya violación de una obligación internacional que requiere del Estado lograr el resultado de prevenir la realización de tal acontecimiento. Al asumir tales obligaciones, los Estados no suscriben una especie de seguro en beneficio de los Estados co-contratantes contra la realización, sean cuales fueran sus condiciones, de acontecimientos de la clase prevista, es decir, incluso prescindiendo de toda posibilidad material de impedir que, en un caso determinado, se produzca el acontecimiento. Sólo cuando éste ha podido producirse porque el Estado, por su comportamiento no ha sabido prevenirlo y cuando resulta que hubiera podido evitarlo mediante un comportamiento diferente puede llegarse a la

obligación tan rígida como inexistente en la práctica de los Estados o en la doctrina de las obligaciones de prevenir un resultado. Si el punto de vista comentado fuera aceptado, o meramente aceptable, la responsabilidad por hechos ilícitos se transformaría, por su aplicación en este terreno, en algo infiel a sus propios rasgos esenciales.⁴¹

Cualquier teoría de la responsabilidad que no tome en cuenta el riesgo creado por las tecnologías de nuestro tiempo sería ciega a las realidades más importantes, no sólo de la responsabilidad, sino también de la vida moderna. El riesgo es un hecho aceptado en nuestras sociedades, y por ello mismo las entidades que lo crean no pueden ser responsables como si tuvieran por ello alguna culpa. La responsabilidad sin culpa es la respuesta: el equilibrio de intereses entre las diferentes partes, dicta un sistema que es neutro a la culpa y que toma en cuenta los costos de las empresas que llevan a cabo actividades peligrosas, su viabilidad económica y los beneficios que ellas aportan a las sociedades. La responsabilidad *sine delicto* se preocupa más por elementos como las estadísticas, los costos y su distribución equitativa, los seguros y otras consideraciones prácticas que por la culpa *lato sensu*, la violación de obligaciones y la restitución integral. Se interesa, en cambio, por la continuación de las actividades peligrosas pero socialmente útiles, en lugar de su cesación. Está más influenciada por un factor que, en el campo de la responsabilidad por ilicitud ocupa un lugar modesto, como es el riesgo. Tiene que ver con conductas lícitas y no con conductas ilícitas.

La posible objeción de que las obligaciones de prevención carecen de finalidad si luego, no obstante su cumplimiento, el daño se produce y la indemnización debe pagarse, se obvia si las primeras recaen en cabeza de los gobiernos y las segundas en cabeza de los particulares -normalmente los explotadores- en una verdadera división de las tareas. Así, corresponde a los gobiernos verificar el posible impacto transfronterizo de la actividad presumiblemente peligrosa antes de autorizarla, conceder la autorización sujeta a condiciones legales determinadas que prevengan el daño transfronterizo, y hacerlas cumplir, notificar a los Estados presuntamente afectados, consultar con ellos, etc. Si los gobiernos no cumplen con estas obligaciones, responderán por ello ante los titulares de los correspondientes derechos con responsabilidad por hecho ilícito. Si se produce un daño transfronterizo no obstante el cumplimiento de estas obligaciones, será el explotador o quien el derecho internacional designe en cada caso el responsable con responsabilidad *sine delicto*, si el daño surgió indudablemente del riesgo acrecido de la actividad. El responsable particular está sujeto a un doble orden de relaciones jurídicas: ante su propio gobierno tendrá una responsabilidad que le fija el derecho del Estado por incumplimiento de las

conclusión de que no se ha logrado el resultado exigido por la obligación.” Y sigue el comentario diciendo que se requiere este nexo entre el acontecimiento producido y el comportamiento del Estado.” *Anuario de la Comisión de derecho internacional, 1978, Vol.II, segunda parte, p.81.*

⁴¹ Semejante concepción, en realidad, sólo *propone* un tipo de responsabilidad que no existe en ninguna de las dos formas que venimos examinando y sólo nos referimos a ella para dar un ejemplo de adonde conduce ignorar el factor riesgo en la responsabilidad.

obligaciones de prevención impuestas y ante el damnificado o damnificados del otro Estado la que establece la convención que rige entre los Estados esa particular actividad o la costumbre, si esta concepción es admitida finalmente en el derecho internacional general.

La responsabilidad por daño causado en el derecho internacional general

¿Cuáles son las consecuencias, en el derecho de gentes, del daño transfronterizo causado por actividades de riesgo, pero lícitas? ¿Existen normas que den fundamento a la responsabilidad *sine delicto*? La pregunta es importante, y lo fue también en el debate de la CDI sobre el tema correspondiente. La posición más conservadora se manifestaba en contra de la existencia de tales normas: no hay ninguna regla del derecho internacional general que obligue a indemnizar por los daños causados por un acto no prohibido. Algunos miembros, por cierto, disintieron completamente con ese aserto.⁴² El estudio del Secretariado sobre la práctica internacional en este terreno⁴³ no daba cuenta, sin embargo, de que se hubieran encontrado normas consuetudinarias expresas y específicas que aceptaran el principio de la responsabilidad *sine delicto*.

El daño transfronterizo causado con culpa *lato sensu*

Creemos que se puede decir, sin temor a equivocarse, que existe una regla general de derecho internacional que impone a los estados la obligación de tomar precauciones para evitar que actividades en su territorio causen un daño en el territorio -personas o bienes- de otros Estados. Los casos de jurisprudencia internacional que normalmente se citan para probar la vigencia del axioma *sic utere tuo et alienum non laedas*, que ordena el buen uso del propio territorio para prevenir los daños transfronterizos, establecen una *obligación general de prevención*. Son las *violaciones* a esa obligación general las que originan responsabilidad, por supuesto, por hecho ilícito.

Suele incurrirse en la confusión de citar ciertos casos, como el del *Canal de Corfú*, o el de la *fundición Trail*, o el del *Lago Lanós*, para justificar la responsabilidad por actos no prohibidos. Esta confusión tiene sus raíces en otra que identifica actividades de riesgo, que pueden o pueden no producir daños transfronterizos -y cuando los producen es por un accidente- con otras actividades que producen daños transfronterizos *en el curso normal de su desarrollo*, (como las contaminantes), o están diseñadas para hacer daño o en todo caso lo producen por culpa o negligencia del Estado de origen. Aquellas

⁴² La cuestión se zanjó finalmente al seguirse la sugerencia del entonces Relator Especial (Barboza) de que la Comisión no se pronunciara sobre el punto, desde que si no existían tales normas en el derecho consuetudinario, la CDI tenía facultades para proponer en sus proyectos el desarrollo progresivo del derecho internacional.

⁴³ "Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional", Doc. A/CN.4/384, del 16/10/84.

actividades son lícitas mientras estén sujetas a un régimen de prevención y de indemnizaciones, éstas son prohibidas por el derecho de gentes.

Abonan la conclusión anterior aquellos casos clásicos mencionados, como el del *Canal de Corfú* (“Entre Estados independientes, el respeto de sus soberanías territoriales es una base esencial de las relaciones internacionales”, y “la obligación de cada Estado de no permitir *conscientemente* que su territorio sea utilizado para realizar actos contrarios a los derechos de otros Estados”) (bastardillas nuestras)⁴⁴, el de la *Fundición Trail* (“ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se cause daños por emanaciones en o al territorio de otro o a los bienes o personas dentro de él, cuando el asunto es de consecuencias serias y el daño se establece mediante pruebas claras y convincentes”)⁴⁵, el del Lago Lanós, *a contrario sensu* (“No se ha afirmado claramente que los propuestos trabajos pudieran acarrear un *riesgo anormal* en las relaciones vecinales o en la utilización de las aguas”) (bastardillas nuestras).⁴⁶ En el mismo sentido, el aceptado principio 21 de la Declaración de Estocolmo: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

La práctica internacional y la jurisprudencia que constituyen tales casos, entonces, indican la existencia de una norma consuetudinaria que hace ilícito el daño transfronterizo producido cuando no se han tomado las precauciones razonables para evitarlo, o sea, con *culpa lato sensu* (por dolo o negligencia). Pero ni la práctica ni la jurisprudencia dan un fundamento claro y expreso a la responsabilidad por actividades de riesgo, que producen *daño a través de accidentes*, cuando tales accidentes se han producido no obstante haberse tomado las precauciones aconsejables.

⁴⁴ Corfu Channel, Merits, Judgement: ICJ Reports 1949, pp. 35 y 22 respectivamente. Traducción del autor. Los párrafos rezan así en inglés: "Between independent States, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations..." y "every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States".

⁴⁵ *Id.*, p.1965. Traducción del autor. En inglés: "...under the principles of International Law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence".

⁴⁶ “Estudio de la práctica de los Estados...” Trabajo citado del Secretariado, p.250. El comentario dice que "Este pasaje puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal opinó que las *actividades anormalmente peligrosas constituyen un problema especial*, y si España hubiera determinado que el proyecto francés propuesto conllevaba un riesgo anormal de daños en España, tal vez la decisión del Tribunal hubiera sido distinta." (Bastardillas nuestras).

La responsabilidad *sine delicto* por el daño transfronterizo

¿Cuál es, entonces, el *status* en derecho general de la responsabilidad por los daños que causen las actividades de riesgo? Por lo que se dirá a continuación, parece que hubiera un principio emergente, una norma consuetudinaria en avanzada formación que impone responsabilidad para el daño transfronterizo causado por actividades de riesgo. Su fundamento teórico está en otros principios, bien asentados, del derecho internacional, puesto que el daño, en general no es indiferente al derecho.

La soberanía territorial

En contra de la responsabilidad por actividades de riesgo se ha invocado el argumento de que la soberanía territorial otorga a un Estado la libertad de autorizar cualquier actividad en ámbitos de su jurisdicción.

La soberanía territorial tiene, sin embargo, dos caras: una es la libertad y la exclusividad de la acción del Estado en el propio territorio y la otra es la integridad e intangibilidad de ese mismo territorio. La soberanía estatal queda también vulnerada cuando se produce en su territorio un daño proveniente de otro Estado. “La soberanía territorial, ... implica el derecho exclusivo de desplegar las actividades de un Estado. Este derecho tiene, como corolario, un deber: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados, en particular su derecho a la integridad y a la inviolabilidad en tiempo de paz y en la guerra, junto con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo, esto es, a excluir las actividades de otros Estados, ya que aquella sirve para dividir entre las naciones el espacio sobre el cual se ejercen las actividades humanas, para asegurarles en todo momento el mínimo de protección de la que el derecho internacional es guardián”.⁴⁷ El certero párrafo de Huber nos hace ver que la soberanía territorial, que excluye toda injerencia extranjera, no es exclusiva del Estado donde se desarrolla la actividad ni ampara su libertad *irrestringida* de permitir esa actividad peligrosa, sino que pertenece igualmente a los que pueden ser tocados por sus efectos. Por ende, la libertad que un Estado tiene para desarrollar o autorizar en su territorio cualquier actividad está limitada, en cuanto a sus efectos transfronterizos, por la soberanía territorial de los demás Estados, sus pares.

Esta misma soberanía territorial tampoco admite la derogación por una interferencia venida del exterior y da fundamento al aforismo: *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Consiguientemente, es también la base de la norma que obliga a los Estados a un uso inofensivo de su territorio respecto a los derechos de los demás Estados. El daño pone en movimiento los mecanismos de la responsabilidad: si los Estados tienen, en ámbitos de su jurisdicción soberana, ciertos deberes con respecto a los derechos de otros Estados y a los de súbditos

⁴⁷ UN Report of International Awards, vol. 2, p.839. (Traducción del autor).

extranjeros, *a fortiori*, el Estado que origina un daño tendría los mismos deberes hacia las víctimas del daño cuando éstas lo reciben estando en su propio país.

Sabemos, por otra parte, que la doctrina internacional presume que los daños causados a los extranjeros por la violación en ciertas circunstancias de aquellos deberes implica un daño causado a los Estados de los que son nacionales. Tales Estados pueden promover la protección diplomática correspondiente, o una acción judicial o arbitral en su caso, porque son ellos y no los individuos los titulares de ese derecho y acción en el plano internacional.

El enriquecimiento sin causa

Luego hay principios evidentes, tales como el enriquecimiento sin causa que significaría, como vimos, hacer soportar a terceros los costos externos de una actividad peligrosa que representan los daños causados a terceros.

Los principios generales del derecho

Tampoco sería alejado de la realidad buscar un fundamento en los principios generales del derecho del artículo 38.3 del Estatuto de la CIJ, puesto que los principios de la responsabilidad objetiva, por riesgo o *sine delicto* son un rasgo común a los derechos internos más conocidos.

Los tratados. Los pagos *ex gratia*

Por último, existen como dijimos antes, numerosos tratados que imponen un régimen especial sobre las actividades de riesgo en los cuales los Estados descargan su responsabilidad en los explotadores privados. En algunos otros, los Estados conservan una dosis de responsabilidad subsidiaria. En unos de ellos, los Estados asumen plena responsabilidad por ciertos daños.

En las relaciones entre Estados, las actividades peligrosas que se llevan a cabo bajo su jurisdicción o control han comenzado generalmente sin que el Estado de origen se haya creído en la obligación de pedir permiso para ello a los que eventualmente pudieran resultar afectados, y han continuado hasta que la gravedad del riesgo se ha puesto de manifiesto, muchas veces a través de algún accidente más o menos catastrófico, o de su inminencia. A partir de allí, los Estados han llegado a acuerdos sobre la creación de un régimen convencional entre ellos que prevé la continuación de la actividad cuestionada, a veces sobre la base de adoptar ciertos estándares de prevención por el Estado de origen, y de pagar indemnizaciones -generalmente a cargo de los explotadores privados- por daños producidos. El anterior es un patrón que ha venido confirmándose a medida que se celebraban convenciones estableciendo regímenes jurídicos para actividades específicas de riesgo significativo: aviación civil, actividades nucleares, transporte de petróleo por mar, desechos peligrosos, buques nucleares, etc.

Una variante en esta tendencia es el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, dentro del marco del Tratado del Espacio, donde no es el explotador privado sino el Estado el que tiene una responsabilidad *absoluta* (así se la llama en el Convenio y significa lo que nosotros llamamos *sine delicto*) por cierto tipo de daños.⁴⁸

Entendemos que hoy en día existe consenso en la existencia de normas consuetudinarias de *prevención* respecto de las actividades de riesgo. La CDI, al tratar el tema de la responsabilidad por actos no prohibidos, propuso ciertas normas de prevención para las actividades peligrosas: autorización previa del Estado de origen para su desarrollo, evaluación del impacto transfronterizo, consultas con vistas a la creación de un régimen jurídico para esa actividad, con vigencia entre las partes interesadas. Posteriormente, a partir de 1997, la CDI separó el tema de la prevención del de la responsabilidad, y propuso a la Asamblea General la convocatoria a una conferencia codificadora para acordar una Convención a ese respecto. Las normas finalmente propuestas siguieron las líneas generales que la CDI había acordado antes al respecto.

Creemos, por lo demás, que los pagos *ex gratia*, como el que hizo el Gobierno de los Estados Unidos al de Japón en el caso del pesquero Fukuyu Maru, o el del mismo Gobierno a los habitantes de las islas Marshall⁴⁹ ratifican que el Estado que paga tiene conciencia de que pesa sobre él una obligación básica, o general de indemnizar, pero no obstante prefiere evitar la creación de un precedente que prejuzgue sobre el alcance de aquella obligación de indemnizar que le compete. No se realizaría un pago semejante si no existiera tal conciencia, aunque la obligación misma pudiera tener un perfil no bien definido.

Estas soluciones de la práctica internacional nos sugieren de que los Estados están ellos mismos convencidos de que corresponde indemnización por daños causados por el riesgo que crearon, con la responsabilidad que parecen reclamar

⁴⁸ Esto se debió a las especiales circunstancias que rodearon la sanción de ese convenio: los Estados preveían -y también querían-, por razones políticas inherentes a las actividades espaciales mismas, que ellas fueran desarrolladas por los Estados con exclusión de los particulares.

⁴⁹ En 1954, "Los daños resultantes del ensayo de una bomba de hidrógeno efectuado por los Estados Unidos en el atolón de Eniwetok rebasaron considerablemente los límites de la zona de peligro; se causaron daños a pescadores japoneses en alta mar y se contaminó una gran parte de la atmósfera y un número elevado de peces, causándose así perturbaciones considerables en el mercado japonés de pescado. El Japón pidió una indemnización. *Evitando toda referencia a la responsabilidad legal* el Gobierno de los Estados Unidos ofreció en una nota pagar al Japón una indemnización por los daños causados por efecto del ensayo." (Bastardillas nuestras). Con respecto a los habitantes de las islas Marshall perjudicados por las radiaciones consecuentes a ensayos nucleares en la zona, en 1964, el Presidente Johnson promulgó una ley por la que los Estados Unidos daban una indemnización de 950.000 dólares a los habitantes de la zona de Rongelap, afectados por una explosión termonuclear en Bikini, Islas Marshall, en 1954. El Gobierno del Presidente Reagan destinó 100 millones de dólares en 1982 para resolver reclamaciones de isleños afectados por la misma causa. "*Estudio sobre la práctica...*", *Op.cit.*, pp.290, 291.

para sí aquellas actividades por su índole misma: una forma de responsabilidad sin culpa o *sine delicto*. Ello es significativo en cuanto a la *opinio juris* de los Estados que actuaron de esa manera.

Dos técnicas de prevención

El daño no es indiferente al derecho: el daño transfronterizo no tiene por qué ser una excepción. Si admitimos un deber de utilización inocua del propio territorio, como quedó bien establecido en el número anterior, la finalidad del establecimiento de ese deber, -que se busca asegurar con la aplicación de una cierta técnica jurídica como es la responsabilidad por hecho ilícito- reclamaría otras veces la aplicación de la otra técnica, la responsabilidad *sine delicto*, cuando la actividad tenga el carácter no de dañina sino meramente de peligrosa.

El equilibrio de intereses

El equilibrio de intereses está en el corazón mismo del tema. Cuando comienza en el territorio de un Estado una actividad de riesgo susceptible de producir daño transfronterizo en otro Estado, una nueva relación jurídica se establece entre ambos, debido precisamente, a la creación del riesgo que alteró el equilibrio hasta entonces existente, y esa nueva relación jurídica exige que se restablezca aquel equilibrio. La nueva actividad, presumiblemente, favorece al Estado en cuyo territorio se desarrolla, pero crea en el Estado que soporta el riesgo (*risk bearer*) cierta ansiedad; puede asimismo requerir de éste la adopción de medidas de prevención o planes de contingencia y puede, por último, causarle daños. Es natural, entonces, que se realicen consultas entre las Partes para que éstos entablen negociaciones de buena fe hacia el establecimiento de un régimen legal que restablezca el equilibrio al tomar en consideración diferentes factores de interés. Tales serían:

- El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño;
- La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado;
- El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente;
- La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;
- La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad;

- Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.⁵⁰

Creemos que los Estados interesados deben establecer un régimen jurídico entre ellas que resulte de tener en cuenta las consideraciones anteriores y que establezca reglas de prevención destinadas a minimizar los riesgos de daños transfronterizos. En cuanto a la responsabilidad, creemos que hay un principio emergente que hace presión sobre el Estado de origen para comprometerse a indemnizar los daños que se produzcan a través del riesgo acrecido de la actividad. Acaso esa presión se traduzca en una obligación de negociar en el sentido indicado por el Fallo de la Plataforma Continental del Mar del Norte, esto es, de sentarse a la mesa de las negociaciones, de buena fe, tratando de contemplar los intereses de la otra Parte pero sin que ello signifique la obligatoriedad de arribar a un acuerdo.⁵¹ En todo caso, el modo verbal adoptado por la CDI en su “Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” (los Estados *deberían*) indica la existencia de una obligación blanda, pero de cierta entidad.

El régimen que se creara respondiendo a estos principios, restablecería aquel equilibrio de intereses original perturbado por el riesgo introducido, aunque menester es reconocer que si no se establece la responsabilidad por los daños el equilibrio permanecería sin recobrar y las posibilidades de conflicto seguirían presentes hasta que finalmente se sentaran las vías de resolución. En tal sentido, la situación imperante al respecto no es satisfactoria, pero al menos la solución sugerida por la CDI marcha en el sentido de la solución.

El tratamiento del tema en la comisión de derecho internacional

En 1997, la Comisión decidió separar el tema de la prevención de los daños transfronterizos del de la responsabilidad por tales daños, que venían tratándose conjuntamente desde la década 1970/80. En 2001 presentó a la Asamblea General (Sexta Comisión) un proyecto de 19 artículos y un preámbulo, bajo el título “Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas” y pidió a la Asamblea General de la ONU que elaborase una convención basada en dichos textos.

En 2002, la Comisión comenzó la primera lectura de otro instrumento, un “Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, que terminó en 2004. En 2005 se recibieron las observaciones de los Gobiernos previas al comienzo de la segunda lectura. Es de observar, sin embargo, que por primera vez en más de 25 años ha habido un acuerdo en la CDI que permitió terminar la primera lectura del proyecto.

⁵⁰ Transcripción del Art. 10 del proyecto de la CDI.

⁵¹ North Sea Continental Shelf Cases. Judgement of February 20, 1969. ICJ Reports, párrafos 83 y ss.

La prevención

Los artículos relativos a la prevención se basan en un proyecto que presentó un grupo de trabajo en 1996, con pequeñas modificaciones.⁵² El proyecto se aplica (Art.1) a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

- Se define dicho riesgo (Art.2, a)) como aquel que abarca desde la alta probabilidad de causar un daño sensible hasta la baja probabilidad de causar un daño catastrófico (actividades ultra peligrosas, como la nuclear),
- Establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo,
- Proclama los principios de cooperación entre los Estados para los objetivos de los artículos (Art.4) y les impone:
 - la obligación de adoptar ciertas medidas específicas, como aquellas de índole legislativa, administrativa o de otra naturaleza necesarias a ese respecto (Art.5),
 - la autorización previa por el Estado para las actividades de riesgo (Art.6),
 - la evaluación del riesgo de que dichas actividades causen daño transfronterizo sensible (Art.7),
 - la notificación (Art.8) a los Estados presuntamente afectados -con transmisión de información técnica sobre la actividad en cuestión- para facilitar el paso siguiente, que es la consulta con los afectados relativas a las medidas de prevención a adoptarse por el Estado de origen (Art.9),
 - la obligación de intercambiar informaciones disponibles respecto a esa actividad conducentes a la prevención, mientras se lleve a cabo la actividad, e incluso hasta después si ello es considerado oportuno por los Estados interesados (Art.12),
 - la obligación de informar al público que pueda resultar afectado sobre la actividad, sus riesgos y al daño que pueda causar, así como consultar su opinión (Art. 13),
 - la obligación de no discriminar entre las personas afectadas por la actividad, ya sea por razones de nacionalidad o residencia, o del lugar en que se produjo el accidente, al garantizar a esas personas su acceso a procedimientos judiciales o de otra índole si solicitan protección u otro remedio apropiado (Art. 15),
 - la obligación del Estado de origen de prepararse para emergencias en cooperación con el Estado eventualmente afectado y organizaciones

⁵² Dicho grupo, presidido por el Relator Especial del tema, (Barboza) basó a su vez su proyecto -con muy escasas modificaciones- en los informes presentados por el mencionado Relator especial durante 11 años, con la excepción del procedimiento de solución de controversias, que no se había contemplado como posibilidad hasta entonces, aunque se hubiera mencionado en alguna oportunidad la conveniencia de un procedimiento de establecimiento de los hechos.

internacionales competentes (Art.16), así como notificar al Estado que pueda resultar afectado cualquier situación de emergencia relacionada con la actividad de riesgo en cuestión y facilitarle toda la información pertinente disponible (Art. 18).

- Finalmente, se remite en su Art. 19 a la obligación de resolver las controversias que pudieran surgir en cuanto a la interpretación o aplicación de los artículos por los medios del Art. 33 de la Carta de la ONU. Como rasgo original, hay que subrayar que si no se logra un acuerdo entre las partes para solucionar las diferencias por los métodos habituales, el proyecto propone un procedimiento obligatorio de establecimiento de los hechos (*Comission d'enquêtes*). La Comisión encargada de establecerlos presentará a las partes en la controversia un informe con sus conclusiones y recomendaciones, que aquellas considerarán de buena fe pero que no es vinculante (Art. 19.6).

La responsabilidad

Es menester subrayar que nunca había aceptado la Comisión que existiera responsabilidad internacional por daños transfronterizos causados por actividades de riesgo en el derecho internacional general. En el proyecto de 1996 se propuso por el Grupo de trabajo un Art. 5, que simplemente decía que, de acuerdo con los artículos proyectados, existía responsabilidad por el daño sensible causado por una actividad de las que se ocupaba el proyecto, y que tal daño daría lugar a indemnización o a otra forma de compensación. La Comisión, en el debate, no alcanzó a pronunciarse sobre este capital aspecto del proyecto, y elevó los artículos del Grupo de trabajo, sin decidirse al respecto, a la Asamblea General simplemente para conocimiento y eventuales comentarios. En 1997, la nueva Comisión empezó todo de nuevo. En el actual proyecto (2004) se establece como un objetivo (Art. 3) “garantizar una pronta y adecuada indemnización a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente”. Pero cuando se describe, en el Art. 4, la mencionada garantía, surge que no se trata, ni en ésta ni en las siguientes provisiones, de obligaciones “duras”, ya que se utiliza en todos los casos la palabra “debería” o “deberían”. Se trata, en suma, de “principios” que “deberían” inspirar a los Estados en sus relaciones recíprocas en el terreno de esta clase de actividades.

Los rasgos más importantes de este proyecto son los siguientes:

- Se aplica a las mismas actividades del proyecto de prevención (Art.1),
- Se definen términos: daño, medio ambiente, daño transfronterizo, actividad peligrosa, explotador (Art.2),
- Se proclama el objetivo de los artículos (Art.3),
- Se describen algunas medidas que el Estado “debería” adoptar para garantizar a las víctimas en su jurisdicción una “pronta y adecuada

indemnización”, (Art. 4.1) como la “canalización”⁵³ de la responsabilidad hacia el explotador (Art.4.2), la constitución y mantenimiento de un seguro, una fianza u otra garantía financiera para enfrentar las indemnizaciones (Art. 4.3), la creación, en los casos apropiados, de un fondo financiado por la correspondiente rama de la actividad en el país (Art. 4.4), la oferta, por el Estado, de fondos adicionales si las provisiones anteriores son insuficientes para garantizar una indemnización adecuada (Art. 4.5),

○ Otras medidas a cargo del Estado si fuera necesario con la asistencia del explotador, como las llamadas “medidas de respuesta para reducir al mínimo el daño transfronterizo resultante de las actividades contempladas en el proyecto (Art. 4.5).

Conclusiones

Decíamos al principio que los temas relativos a las dos formas de responsabilidad habían sido recientemente terminados en la Comisión de derecho internacional y que estaban para ser recibidos, total o parcialmente, por la comunidad internacional y de ese modo convertirse, en la medida en que fueren recibidos, en derecho positivo y vigente. Tocante la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, la CDI terminó la segunda lectura del proyecto en 2001 y lo elevó a la Asamblea General con la recomendación de que ésta siguiera a su respecto un procedimiento en dos fases: en la primera, se tomaría nota de los artículos y se los incorporaría como un anexo y en la segunda se consideraría, transcurrido un lapso razonable, la posibilidad de convocar a una conferencia para redactar una convención codificadora. En dicha oportunidad la Asamblea General examinaría también la posibilidad de incorporar, en todo o en parte, lo relativo a la solución pacífica de controversias (tercera parte del proyecto) que, en la presente oportunidad, había sido suprimido de los artículos enviados. La Asamblea General aceptó la recomendación y determinó la inclusión del tema “Responsabilidad de los Estados” en su agenda futura.

La Comisión dio varias razones importantes para fundar esta elección, pero no una que personalmente me parece de mucho peso. Esta es que, dadas las numerosas dudas que se expresaron en el campo doctrinario acerca de la recepción de estos textos por la comunidad internacional, parece mejor ofrecerla para que ésta, en un modo típico del orden jurídico internacional, los adopte a través de un mecanismo consuetudinario. Sabido es que la costumbre en nuestros días presenta maneras más expeditivas de cristalizar en lo que Abi-Saab llama “la nueva costumbre” y Condorelli “la costumbre escrita”, esto es la creación de normas consuetudinarias sobre la base de textos, que se extienden a través de la acción de una comunidad particular,⁵⁴ ya sea la que forman los miembros de un tratado multilateral, o de una costumbre especial -regional o particular a ciertos

⁵³ La “canalización” de la responsabilidad significa que se crea un único responsable del daño que cause el incidente, (se “canaliza” hacia él la responsabilidad).

⁵⁴ Que hemos llamado la “comunidad pionera” de la costumbre.

Estados- en tal forma que llegan a la aceptación generalizada de los sujetos que forman la comunidad internacional “en su conjunto”.

Este mecanismo cuasi-legislativo⁵⁵ se origina en textos, a diferencia de la costumbre clásica que era básicamente un asunto de actos o conductas. Puede requerir relativamente poco tiempo para su cristalización y es un tercer paso muy valioso en la codificación del derecho internacional.⁵⁶ El texto básico en el que se origina era, normalmente, un tratado multilateral o aún bilateral⁵⁷ pero otros textos pueden también ser el punto de partida de costumbres universales: nadie podrá negar que normas de acuerdos informales en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre derecho del mar, como las relativas a las jurisdicciones marítimas de los Estados ribereños, se transformaron en tales costumbres universales antes de la vigencia misma de la Convención. Tampoco que algunos principios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre espacio ultraterrestre corrieron la misma suerte.

El actual articulado que recoge la Resolución AGNU 56/83 ya ha sido objeto de cierta consagración jurisprudencial. En efecto, menciones en el sentido indicado, y muy numerosas, fueron hechas en el caso de *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States vs. Iran, 1981)*; en el de *Gabcikovo-Nagymaros Project*⁵⁸; o el de *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*.⁵⁹ Asimismo, en el caso arbitral del *Rainbow Warrior* entre Nueva Zelanda y Francia⁶⁰ y en el caso

⁵⁵ En el sentido de que establece normas obligatorias para Estados que no han participado en su formación, a diferencia de las costumbres especiales en las que el consentimiento de los Estados que se van sumando a su aceptación es *sine qua non*, ya que en el fondo no son otra cosa que tratados tácitos, como lo querían aquellos viejos maestros Triepel o Anzilotti, sólo que equivocadamente la extendían a la costumbre universal. Este mecanismo de la costumbre universal, que es la única y verdadera costumbre, tiene la particularidad de transformar la crisálida de la práctica consensuada en la mariposa de la norma obligatoria por su propia índole. Ver Julio Barboza: “The Customary Rule: from Chrysalis to Butterfly”, en *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluger Law International. The Hague/London/Boston, 2000, pp.1-14.

⁵⁶ El proceso codificador no tiene dos pasos (costumbre-*jus scriptum*), como generalmente se supone, sino tres: costumbre –*jus scriptum*– costumbre. La Convención de Viena sobre derecho de los Tratados sólo ha juntado 75 ratificaciones, o sea menos de la mitad de los Estados miembros de la comunidad internacional. Sin embargo, pocas dudas hay de que sus artículos hoy en día reflejan el derecho consuetudinario en la materia y ello se debe a que fueron aceptados por la comunidad internacional a través del mecanismo de la nueva costumbre. Magro sería el resultado de la codificación si se limitara a los sujetos del derecho internacional que adhieren a los convenios respectivos.

⁵⁷ El Pacto Briand – Kellogg fue originalmente un tratado bilateral entre Francia y los Estados Unidos, al que adhirieron muchos otros Estados posteriormente, sus principios se transformaron en consuetudinarios y universales.

⁵⁸ *ICJ Reports* 1997, p. 7, en el párrafo 47 (p.38); en los párrafos 50/53 (pp. 39-41); párrafo 58, (p.46), párrafo 79 (p.54), párrafo 83 (pp.55, 56).

⁵⁹ *ICJ Reports* 1999, p.62, en el párrafo 62 (p.87).

⁶⁰ *RIAA Vol.XX*, p.217 (1990) en el párrafo 114 (pp. 270/271).

M/V Saiga (Nº2) de San Vicente y Granadinas contra Guinea.⁶¹ Después de su adopción por la AGNU, hubo al menos dos menciones judiciales a la Res. 56/83: en la *Opinión consultiva sobre el muro de Israel en los territorios palestinos ocupados (2003/04)* y en el Tribunal para la antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor vs. Dragan Nikolic*, que precedió a la anterior. En la primera, la CIJ aceptó claramente que las consecuencias legales de las violaciones por Israel de sus obligaciones internacionales eran precisamente las que se proponían en los artículos de la CDI. En particular, resulta notable su aceptación de las relativas a las violaciones graves de obligaciones de *jus cogens*: la obligación de todos los Estados de no reconocer la ilegal situación y de no prestar ayuda o asistencia para mantenerla. El Tribunal para la antigua Yugoslavia, aunque con cautela, reconoció la aplicación analógica a organizaciones internacionales de disposiciones de la responsabilidad de los Estados como fuera codificada en la Res. 56/83, aunque simplemente como una “guía jurídica” y dijo que iba a utilizar “los principios establecidos en los artículos en cuanto puedan ser útiles para determinar la cuestión sometida”.

En lo tocante al otro texto, el de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, la actitud de la CDI se desdobló en un pedido de conferencia para la redacción de una convención codificadora que considerara los artículos referentes a la prevención, sin duda porque la Comisión cree que tales artículos están mejor anclados en la costumbre que los relativos a la responsabilidad, respecto a los cuales se adoptó la forma “debería” en lugar de “debe”. Con todo, el principio de una adecuada y pronta indemnización por los daños que cause una actividad peligrosa fue sancionado, y ese ha sido el mayor triunfo de la tesis que alentó los esfuerzos de los anteriores relatores especiales. Vaya con estas palabras nuestro tributo a la labor del último relator especial, el miembro por la India, Srevinasa Rao y a la creciente concientización de la CDI respecto a un principio cuya ausencia sustraía el mínimo cemento de solidaridad requerido para que el conjunto de sujetos del derecho de gentes formara una verdadera comunidad. Si se aprueba por la Asamblea General este proyecto se habrá dado un cierto paso adelante en la codificación de la responsabilidad *sine delicto* que remedie lo que los gobiernos no se atrevieron todavía a consagrar.

⁶¹ *International Tribunal for the Law of the Sea, Fallo de Julio 1, 1999*, ILM vol 3 (1999), p. 1323. KK.

