

GLOBALIZANDO LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL: LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

A.E. BOYLE*

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad por pérdidas o daños es por excelencia un tema propio de abogados. Siendo un rasgo fundamental de un sistema jurídico, la responsabilidad permanece como un área importante en la mayoría de los sistemas de Derecho Ambiental, aún cuando se complementa con, o esté en parte sustituida, por regímenes regulatorios, procedimientos de prevención de riesgos y por las sanciones penales. En Derecho Internacional la responsabilidad por daño transfronterizo basada en analogías con el derecho interno que se remontan al Derecho Romano, es uno de los conceptos más antiguos presentes en las disputas entre Estados. Un laudo arbitral internacional, dictado en 1938 y en 1941, es la contribución judicial más importante para el Derecho Internacional sobre la materia.¹ Desde entonces no ha habido una nueva elaboración judicial del concepto a nivel internacional.² En las décadas del 60 y 70 se negocia-

* © 2003 Alan Boyle, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Edimburgo. Esta es una versión ampliada de una ponencia presentada en un Seminario del British Council dictado en la Universidad de Chile en diciembre de 2003. Le debo mis agradecimientos a la Comisión de Derecho Internacional y especialmente a su Relator Especial, P.S. Rao, por haberme permitido asistir a los debates de la Comisión de Derecho Internacional de los años 2002 y 2003, y por muchas conversaciones fructíferas. El financiamiento para estas visitas fue proporcionado por el Leverhulme Trust. También quisiera agradecer a Jutta Brunée por sus comentarios sobre el borrador de este artículo y a Pierre Harcourt por compartir sus impresiones adquiridas en la Comisión de Derecho Internacional durante las investigaciones para su tesis de LLM. Traducción Ximena Fuentes y Constanza Fuentes.

¹ Arbitraje Trail Smelter (1939) 33 AJIL 33 182 & (1941) 35 AJIL 684.

² Sin embargo, la Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sostiene que Irak es responsable por el daño hacia otros Estados, entre los que se incluyen daños medioambientales producidos por la invasión ilegal a Kuwait. La Comisión de Compensación de la ONU fue creada para administrar demandas de compensación. Ver nota 44, más adelante.

³ Convención de París sobre Responsabilidad de Terceros en el Ámbito de Energía Nuclear de 1960 (en vigor desde 1968); la Convención de Bruselas relativa a la Responsabilidad de los Conductores de Embarcaciones Nucleares de 1962 (no en vigor aún); el Acuerdo de Bruselas complementario a la Convención de 1960 sobre Responsabilidad de Terceros de 1963 (en vigor desde 1974); la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (en vigor desde 1977, que será reemplazada por el Protocolo de 1997, no en vigor aún); la Convención Internacional de Responsabilidad Civil por la Contaminación por Petróleo de 1969 (en vigor desde 1975), reemplazada por la Convención de 1992, en vigor desde 1996); la Convención de Bruselas sobre Responsabilidad Civil en el ámbito de Transporte Marítimo de Material Nuclear de 1971 (en vigor desde 1975); la Convención sobre el Establecimiento de un Fondo Internacional para la Compensación de Daños por la Contaminación por Petróleo de 1971 (en vigor desde 1978, reemplazada por la Convención de 1992, en vigor en 1996); la Convención sobre Responsabilidad Civil por el Daño de Contaminación por Petróleo producto de la Exploración y la Explotación de los Recursos Naturales del Lecho Marítimo de 1977 (no en vigor).

ron diversas convenciones sobre responsabilidad civil y compensaciones para tratar dos de los riesgos más peligrosos y significativos: la contaminación por derrames de petróleo en el mar y los accidentes nucleares.³ En lugar de basarse en la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional, estas convenciones regularon la responsabilidad civil de los navieros o la de los operarios de instalaciones nucleares. A pesar de que se han concluido muchos de estos acuerdos, aún no se ha logrado establecer un régimen global de responsabilidad civil por contaminación o daño transfronterizo.

En 1972 la Conferencia de la ONU sobre el Medio Ambiente Humano llamó a los Estados a “continuar desarrollando el Derecho Internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen ...”⁴ Seis años más tarde, la Comisión de Derecho Internacional se embarcó sorpresivamente en una odisea que ahora entera veintisiete años y que se denominó “Responsabilidad por las Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional”. Bajo esta forma poco probable, la Comisión ha enfrentado lentamente y de modo vacilante la tarea identificada por la Conferencia de Estocolmo y reiterada en 1992 en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.⁵ Hasta ahora ésta no ha sido una experiencia afortunada. El problema fundamental que la Comisión ha tenido que enfrentar es la disyuntiva entre centrar su atención en ampliar la responsabilidad de los Estados en el Derecho Internacional o en fortalecer la responsabilidad que en el derecho nacional cabe a los contaminadores u otros que ocasionan daños transfronterizos.

Luego de dos décadas de trabajo⁶, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decidió en 1997 suspender los futuros estudios acerca de la responsabilidad por daños para concentrarse, en cambio, en otros asuntos conexos. De esta manera, el Proyecto de Artículos sobre Prevención de Daños Transfronterizos adoptado en 2001 puso fin a la primera fase del proyecto iniciado en 1978. Tales artículos sólo codificaron el marco legal para la regulación y la administración de las actividades que conllevan un riesgo de daño transfronterizo. Hay poco en ellos que sea de relevancia para la responsabilidad, excepto el principio de no discriminación que rige el acceso transfronterizo a los “procedimientos judiciales o de otro tipo” para acciones preventivas y reparatorias, y una cláusula de salvaguarda respecto de las obligaciones derivadas de otros tratados o del Derecho Internacional consuetudinario.⁷ La posibilidad de adoptar disposiciones adicionales sobre responsabilidad por daño transfronterizo quedó, entonces, abierta.

Ciertos gobiernos y algunos miembros de la Comisión creían, y siguen creyendo, que la responsabilidad ha sido tratada en forma adecuada en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados.⁸ Este es un asunto sobre el que se volverá más adelante. Sin embargo, el 2001, en gran medida a instancias de los Estados en vías de desarrollo, la Asamblea General le solicitó a la CDI que reasumiera su trabajo acerca de la responsabilidad “teniendo presente la interrelación entre la prevención y la responsabilidad, y tomando en cuenta los desarrollos ocurridos en el Derecho Internacional y las observaciones de los gobiernos”.⁹ Esto indica que

⁴ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, Principio 22.

⁵ Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, Principio 13.

⁶ Ver Informe del Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad Internacional, y su proyecto de artículos en el Informe de la CDI (1996). UNGAOR A/51/10, Anexo 1, p. 235. Para un breve resumen ver A. Boyle y D. Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development* (1999), págs. 73-85.

⁷ Proyecto de Artículos 15 y 18, respectivamente.

⁸ Informe de la CDI (2003), párrafo 178. Ver también el Informe del 2002.

⁹ Res. de la AG de la ONU 56/82 (2001).

existe un reconocimiento de parte de al menos algunos gobiernos de que el derecho existente sobre responsabilidad por daño transfronterizo no es suficiente y de que se requieren medidas adicionales. Frente a este requerimiento expreso de la Asamblea General de la ONU, aunque no fuera bienvenido, a la Comisión no le quedó otra posibilidad que reinstalar esta materia en su agenda el año 2002.

¿Por qué la Comisión debería tratar el problema de la responsabilidad por daño transfronterizo y por qué el trabajo que se ha realizado acerca de la responsabilidad de los Estados no ha sido suficiente? Existen, al menos, dos respuestas.

Primero, no está suficientemente claro que los Estados sean totalmente responsables en el Derecho Internacional por los daños ocasionados a Estados vecinos. Por ejemplo, en circunstancias normales, el daño de contaminación producto de las actividades de la industria o de las empresas no es atribuible al Estado de origen según el Derecho Internacional.¹⁰ La responsabilidad de los Estados generalmente estará basada en el incumplimiento de una obligación de debida diligencia en la regulación y el control de actividades potencialmente dañosas. Ésta no incluirá los daños que surjan de eventos que no sean previsibles ni evitables¹¹. Pueden ocurrir accidentes aun cuando el Estado haya actuado diligentemente. En estas circunstancias, se considera que aquel no ha cometido una falta y la pérdida será asumida por quien la sufre.

En segundo lugar, aun cuando un Estado sea potencialmente responsable según el Derecho Internacional, no está claro en lo más mínimo que los Estados deban ser los únicos o incluso la principal fuente de compensación para aquellos que resultan afectados por daños transfronterizos. Puede ser más simple, rápido y económicamente más eficiente, que los que provocan la contaminación u otras formas de daño paguen en lugar de los Estados. Desde esta perspectiva, la responsabilidad y la obligación de indemnizar por parte de estos, son y deben ser sólo fuentes residuales de reparación. Cualquier esquema de responsabilidad por daño transfronterizo, por ende, debería considerar tanto la responsabilidad de los privados como la de los Estados.

Estos dos argumentos requieren elaboración. Si se acepta el segundo argumento, entonces también es necesario considerar si el no buscar reparaciones que en efecto son locales, implica que precluye la posibilidad de un reclamo interestatal.¹²

2. ¿QUIÉN DEBE SER RESPONSABLE POR EL DAÑO TRANSFRONTERIZO: LOS ESTADOS O LAS ENTIDADES PRIVADAS?

2.1. Responsabilidad del Estado en Ausencia de Culpa

Los Estados son, indudablemente, responsables en Derecho Internacional por el daño transfronterizo causado en incumplimiento de una obligación (por ejemplo, al no ejercer una debida diligencia o al practicar actividades prohibidas).¹³ En este ámbito, ellos son

¹⁰ CDI, Artículos sobre Responsabilidad de los Estados (2001), Arts. 4-11, y comentario en J. Crawford (ed.). *The International Law Commission Articles on State Responsibility (Cambridge 2002)*.

¹¹ Ver *Caso Canal Corfú* (CIJ, 1949); Convención sobre el Derecho del Mar de la ONU, Artículo 139.

¹² Ver Sección 6, más abajo.

¹³ Arbitraje del Trail Smelter (1939) 33 *AJIL* 182 & (1941) 35 *AJIL* 684; *Caso del Canal Corfú* (CIJ, 1949) 1; Convención de la ONU de 1982 sobre el Derecho del Mar, Artículos 192-199 y 235; Declaración de Río de 1992, Principio 2. Es importante destacar que ninguna de estas autoridades prohíbe el daño transfronterizo. Sólo se les solicita a los Estados que tomen medidas para prevenir, reducir y controlar el daño. Aquellos que se dirigen en contra de una supuesta regla de prohibición del daño en base a estos precedentes están arremetiendo contra molinos de viento. Esto no excluye la posibilidad de que ciertas actividades dañosas puedan ser prohibidas, tales como las pruebas nucleares atmosféricas o la descarga de residuos en el océano.

responsables de su propia culpa si no regulan ni controlan las actividades peligrosas de acuerdo a los estándares internacionales de diligencia y cuando resulta daño de esa omisión. Sin embargo, la responsabilidad por daño causado sin el incumplimiento de dicha obligación no está contemplada en los artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.¹⁴ El único precedente claro de responsabilidad sin culpa de este tipo es la Convención de 1972 sobre Responsabilidad por el Lanzamiento de Objetos Espaciales, según la cual un Estado que lanza un objeto es absolutamente responsable por cualquier daño producido por la destrucción del objeto espacial lanzado desde su territorio.¹⁵ Otro fundamento también se puede derivar de los principios generales de derecho basados en analogías con la legislación sobre responsabilidad estricta que existe en algunos Estados. Sin embargo, la aplicación de estos principios a la contaminación u otras formas de daño transfronterizo está lejos de contar con apoyo universal en el Derecho Nacional o Internacional.

A pesar de que en algunos casos no se haya cometido falta, los argumentos que apoyan la posición de que la pérdida inevitable debe ser asumida por el Estado de origen siguen siendo fuertes, especialmente cuando la fuente es una actividad ultrapeligrosa como la de una planta nuclear. En ausencia de aceptación recíproca del riesgo o de algún beneficio común, dejar que la víctima sufra de este modo no es una política muy atractiva.¹⁶ La idea que aquí subyace es que es inequitativo dejar que el daño recaiga en quien cayó solamente porque el Estado de origen actuó con debida diligencia. El Estado dañado no puede controlar las actividades que han causado el daño ni obtiene, necesariamente, beneficios de éstas, por más que ellas resulten social y económicamente convenientes para el Estado de origen. El problema de la inequidad en el derecho actual es fácilmente constatable en las relaciones entre los Estados que usan la energía nuclear y aquellos no nucleares que no pueden evitar los riesgos que significan los accidentes nucleares como Chernobyl: estos últimos no tienen veto sobre el uso de la energía nuclear por parte de sus vecinos y no cuentan con una garantía de indemnización por un daño accidental. Tampoco es la debida diligencia un estándar fácil de administrar, a no ser que existan estándares internacionales claramente establecidos que definan el contenido de esta obligación.¹⁷ Un gran peso de la prueba recaerá en el Estado que deba establecer una falta de debida diligencia. En el caso de procesos complejos, como los de los reactores nucleares, esto resulta particularmente difícil, a no ser que se admitan laxas presunciones de hecho o que el peso de la prueba recaiga en el Estado de origen.¹⁸

Sin embargo, por muy meritoria que sea esta idea en teoría, pocos gobiernos, cualquiera que sea el contexto, han mostrado algún entusiasmo por aceptar que la responsabilidad sin culpa por daños ocasionados por actividades realizadas dentro de su jurisdicción deba recaer en los propios Estados. En palabras del actual Relator Especial:

“La duda acerca de vincular la responsabilidad del Estado con la responsabilidad estricta

¹⁴ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado (2001), Artículo 2.

¹⁵ Ver Demanda Cosmos 954, 18 ILM 902 (1979).

¹⁶ R. Quentin-Baxter, II YbILC (1981), part 1, 113-8; Barboza, *Ibid.* (1986), parte 1, 160; G. Handl, “Après Tchernobyl: Quelques Réflexions sur Le Programme Législatif Multilatéral” a L’Ordre du Jour, 92 RGDIP (1988), p. 50

¹⁷ Como por ejemplo en la Convención sobre Seguridad Nuclear de 1994.

¹⁸ Cf. *Caso Canal de Corfú*, (CIJ, 1949) 1, en la p. 18 donde la Corte admite ciertas inferencias a partir del control territorial exclusivo de Albania. S. McCaffrey, (1988) II YbILC, Pt. 2, párrafo 167, sugiere que la debida diligencia es “esencialmente una defensa” y entonces, “el peso de probarla debe recaer en el Estado de origen”.

también es comprensible. Esta se debe principalmente a la apreciación de que en la práctica internacional, entre los Estados, esta forma de responsabilidad no se admite para actividades consideradas lícitas de llevarse a cabo según su jurisdicción interna conforme a sus derechos soberanos”.¹⁹

El proyecto de artículos de la CDI de 1996 habría asignado al Estado la responsabilidad por el daño transfronterizo significativo causado por alguna de las actividades contempladas en dichos artículos.²⁰ La obligación de compensar a otros Estados habría, entonces, incluido el daño imprevisible o aquel que, siendo previsible, el Estado de origen no hubiera podido prevenir ejerciendo la diligencia debida.²¹ En ambos casos, el daño, en efecto, hubiera sido inevitable y no habría existido falta por parte del Estado. Al mismo tiempo, las propuestas de la CDI no pusieron al Estado de origen en la misma posición en que se hubiera encontrado de haber sido internacionalmente responsable por el daño. El alcance de la reparación habría sido más restringido en el primer caso: no habría existido una obligación de compensar totalmente la pérdida o de realizar una *restitutio in integrum*, sino sólo la de compensar “de acuerdo con el principio de que la víctima del daño no debe asumir toda la pérdida”.²² De este modo, el nivel de compensación estaría determinado por una negociación, tomando en cuenta factores diversos. De hecho, lo que se pedía como parte de un equilibrio de intereses entre las partes era la compensación equitativa en vez de total.

Estas eran propuestas relativamente novedosas y no estaban basadas en ningún fundamento claro de derecho internacional general. Marcando un importante cambio de dirección a partir de 1996, la CDI no ha vuelto a este modelo de distribución de pérdidas que implicaba la indemnización por parte de los Estados. El problema de la responsabilidad de los Estados por daño transfronterizo (en cualquiera de sus formas), no resultante del incumplimiento de una obligación, ha sido, de esta manera, dejado a un lado por el momento. La CDI ha optado en cambio por concentrarse en enfoques alternativos que apuntan a “la distribución de la pérdida entre los distintos actores involucrados en la operación de actividades peligrosas”.²³ Es más probable que estos actores sean grandes empresas y otras entidades privadas, en vez de Estados. En vez de atribuir directamente a los Estados la responsabilidad en derecho internacional por la compensación de cualquier daño, la intención de la Comisión es que los Estados legislen para que otros actores sean responsables por la compensación del daño transfronterizo a través del derecho interno. No obstante, en derecho internacional los Estados seguirán siendo responsables por su propia falta.

¹⁹ CDI, 2003, *Segundo Informe del Relator Especial sobre Consecuencias Perjudiciales de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional*, párrafo 22.

²⁰ CDI, Proyecto de Artículos de 1996, Artículo 5, sobre el cual ver *el Informe del Grupo de Trabajo, supra*, n.5, en p. 270.

²¹ Bajo el Proyecto de Artículo 1 de 1996, esta obligación era aplicable tanto a actividades donde existía un riesgo de daño como a aquellas que simplemente ocasionaban daños. Cf. Caso Canal de Corfú (CIJ, 1949), en el cual se sostenía que Albania sabía del riesgo y podría haberlo prevenido. Del mismo modo, el caso del *Trail Smelter* pareciera ser un ejemplo de responsabilidad por daño previsible y prevenible, pese a que es cierto que el laudo arbitral también contempla una responsabilidad futura que no es dependiente de la falta de medidas preventivas.

²² Proyecto de Artículo 21 de 1996, sobre el cual ver el Informe del Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad Internacional, en el Informe de la CDI de 1996, Anexo 1, en p. 320.

²³ Informe de la CDI (2003), párrafo 168.

2.2. Regulando la Responsabilidad de los Actores Privados

Existen varias razones por las cuales los Estados no deben ser los principales blancos de la responsabilidad por daño transfronterizo. Una política de internalización de los verdaderos costos económicos de la contaminación del daño medioambiental está estipulada en el Principio 16 de la Declaración de Río y en la política de la OECD y de la CE.²⁴ Permitir el recurso directo en contra de la empresa que ocasiona el daño transfronterizo facilitaría la implementación de un enfoque de distribución de costos transfronterizos del tipo “quién contamina paga”, más que si se hace que los Estados sean los garantes de las industrias.²⁵ El fortalecimiento del acceso a litigios civiles y reparaciones transfronterizas reconoce la realidad de que muchos, si no la mayoría, de los conflictos medioambientales transfronterizos son mayormente causados por y afectan a actores privados, más que a los Estados mismos. El favorecer las demandas interestatales en estos casos simplemente permite que los gobiernos subsidien a sus industrias mediante la asunción de la responsabilidad por los costos transfronterizos.

En este contexto, la litigación transfronteriza no sólo provee un mecanismo más efectivo para compensar a las víctimas, sino que también puede ofrecer la posibilidad de asegurar medidas de reparación de parte de las multinacionales cuyas operaciones en los países en desarrollo algunas veces resultan difíciles de controlar a través del derecho local. Más aún, permitir que los demandantes privados actúen sin la intervención de un gobierno contribuye a la existencia de un enfoque de derechos humanos para los asuntos medioambientales. Esto es consistente, en términos generales, con la política de promover el “acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños. . .”, de acuerdo con el Principio 10 de la Declaración de Río. La principal preocupación aquí es garantizar la justicia para las víctimas de la contaminación y del daño medioambiental.

La responsabilidad y los tratados sobre responsabilidad, no son una panacea para la contaminación o los daños medioambientales u otras formas de daño transfronterizo, y los escépticos, con toda razón, cuestionan si éstos han tenido suficiente impacto en las industrias o si han contribuido a mejorar los estándares.²⁶ Este no es el lugar para realizar dicha indagación socio-jurídica, y en todo caso el objetivo principal de la responsabilidad es asegurar la compensación para las víctimas, no necesariamente para influir en el comportamiento de los demandados. Aceptando por el momento que la tarea que debe llevar a cabo la Comisión es la de delinear las acciones que los Estados deben tomar con relación a la responsabilidad transfronteriza, la pregunta que surge entonces es cómo se puede lograr esto. Existen varias posibilidades.

²⁴ Ver Recomendaciones del Consejo de la OECD C(72) 128; C(74) 223; C(89) 88 y C(90) 177; en OECD, *The Polluter Pays Principle* (Paris, 1992) y en el Tratado de la Comunidad Europea, artículo 174. Acerca del principio del que contamina paga, ver P. Birnie y A.E. Boyle, *Internacional Law and the Environment* (Second Edn., 2002), pp. 92-95.

²⁵ Ver *Vellore Citizens Forum v. Union de India* (1996) 5 SCC 647, donde la Corte Suprema India se basó en el principio para justificar la imposición de responsabilidad absoluta sobre el contaminador, tanto por el daño causado a las partes privadas como por los costos de reparación que de otro modo hubieran sido soportados por el gobierno.

²⁶ Ver J. Brunée, ‘Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection’ (2004) 53 ICLQ-; L. Bergkamp, *Liability and the Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm In an International Context* (2001).

3. UN ENFOQUE MINIMALISTA: ACCESO NO DISCRIMINATORIO A REPARACIONES INTERNAS

Ya codificado en el artículo 15 del Proyecto de Convención sobre Daño Transfronterizo y en la Convención de Naciones Unidas sobre Cursos de Agua de 1997,²⁷ el derecho al acceso no discriminatorio a reparaciones dentro del derecho nacional le entrega a las víctimas transfronterizas de contaminación y de daño medioambiental acceso directo a los procedimientos locales en el Estado donde se ubica la fuente del daño. También promueve el principio de "el que contamina paga", en la medida en que el contaminador puede ser demandado directamente y no sólo considerado indirectamente responsable a través de la responsabilidad estatal. Dada la aprobación sistemática del principio de no discriminación por parte de la CDI, podemos asumir para los presentes propósitos que éste ya es reflejo del derecho internacional existente.

¿Es el acceso no discriminatorio a la justicia suficiente para satisfacer las necesidades de un régimen de responsabilidad internacional? No lo es cuando no existe responsabilidad en el derecho nacional o si la responsabilidad que existe es inadecuada. La no discriminación deja al Estado receptor en libertad para definir tanto el alcance como el contenido de la responsabilidad, para determinar el derecho aplicable y para otorgar reparaciones siempre que éstas sean igualmente accesibles para demandantes extranjeros y nacionales. Esta es una solución minimalista y en algunos casos no ofrece ninguna solución.

Sin embargo, el Principio 10 de la Declaración de Río insta a los Estados a ir más allá, proporcionando "acceso efectivo a los procedimientos judiciales, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes". Por esta misma razón, los Artículos sobre Cursos de Aguas de la ILA de 1996 requieren que los Estados proporcionen un estándar básico mínimo de reparación:

"Los Estados, individual o colectivamente, deben garantizar la disponibilidad de reparaciones judiciales y administrativas prontas, adecuadas y efectivas a las personas de otro Estado que sufran o puedan sufrir daño. . ."²⁸

El hecho de que un Estado no proporcione a sus ciudadanos la reparación adecuada por la contaminación u otras formas de daño puede también, en casos suficientemente serios, violar los derechos a la vida, a la salud, a la vida privada, a la propiedad y a la libertad para disponer de los recursos naturales, según los acuerdos internacionales de derechos humanos.²⁹ Estos derechos proporcionarían un fundamento adicional para un estándar mínimo de responsabilidad o compensación. En ambos casos, los demandantes transfronterizos tendrían derecho, sobre una base no discriminatoria, a un mismo estándar de tratamiento. No obstante, aun cuando un sistema jurídico sea adecuado en relación con todos estos requerimientos, el acceso a ese sistema sólo es útil para la víctima que está dispuesta y es capaz de entablar una demanda en el lugar de domicilio del demandado o donde éste

²⁷ Artículo 32.

²⁸ Artículos de Helsinki sobre Cursos de Aguas Internacionales, Artículo 2(1). Ver también Convemar 1982, Art. 235 (2), que de modo similar requiere que los Estados aseguren la disponibilidad de un recurso en su sistema jurídico para la "pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino..."

²⁹ *López Ostra v. España* (1994) 20 EHRR 277, *Guerra v. Italia* (1998) 26 EHRR 357; *LCB v. R. Unido* (1999) 27 EHRR 212; *Hatton v. R. Unido* (2003) ECHR; *Social and Economic Rights Action Centre v. Nigeria* (2002) Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Comm. No. 115/96 [*Caso 'Ogoni'*]; *Indios Yanomani v. Brasil*, Decisión 7615, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Inter-American YB on Human Rights* (1985), p. 264.

opera. Es por esto que la posibilidad del forum shopping y de demandar en el Estado del propio demandante, son importantes complementos para el principio de no discriminación.

4. EL LITIGIO CIVIL TRANSFRONTERIZO: ¿FORUM SHOPPING?

El derecho internacional privado generalmente otorga a las víctimas de daño transfronterizo alternativas de foros ante los cuales demandar. Las alternativas disponibles en un sistema jurídico determinado dependerán de las normas jurisdiccionales de dicho sistema legal. Sin embargo, el principio general más ampliamente aceptado es el de que los procedimientos deben presentarse ante (a) los tribunales del lugar donde ocurre el daño (i.e. el Estado de la propia víctima del daño transfronterizo), (b) en el lugar donde se localiza la actividad peligrosa, o (c) en el lugar del domicilio del demandado.³⁰ Esta opción jurisdiccional tan amplia genera obvios problemas de incertidumbre para las empresas respecto del lugar dónde éstas serán demandadas y respecto de cuál será el sistema bajo el cual se considerará su responsabilidad, y problemas de costos y complejidad para el demandante al tratar de establecer dónde es posible o mejor demandar. Sin embargo, esto también permite que las compañías multinacionales sean demandadas donde se tienen mayores posibilidades de ganar, incluida la jurisdicción donde ellas tienen su base. Un obstáculo para dichas demandas es la denegación discrecional de jurisdicción en base al principio de *forum non conveniens*. Esto plantea un problema en EE.UU. cuando un extranjero demandante presenta una demanda contra una empresa domiciliada en Estados Unidos por un daño ocurrido en el extranjero.³¹ En otras jurisdicciones del common law, no se aplica el *forum non conveniens* cuando hacerlo implica una denegación de justicia.³² El principio de *forum non conveniens* se desconoce en los sistemas de derecho continental; también puede resultar contradictorio con los estándares contemporáneos de derechos humanos para el acceso a la justicia.³³

Al contrario de lo que sucede con estas cuestiones jurisdiccionales, no existe ningún principio general relativo a las reglas para la elección del derecho aplicable en los daños transfronterizos. Estas normas están determinadas por el derecho del foro. *Lex loci delicti*, *lex fori*, *lex domicilii*, *la norma más favorable*, son todos principios empleados por los distintos Estados. La práctica nacional, hasta ahora, no ha sido armonizada por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

El asunto crucial para la CDI es definir si está dispuesta a examinar algunos de estos obstáculos que existen para la litigación transfronteriza. El derecho internacional privado

³⁰ Ver respectivamente *Handelskwekerij G.J. Bier v. Mines de optase d'Alsace*, Case 21/76 [1976] II ECJ Reports, 1735; *Re Union Carbide Corporation* 634 F. Sup. 842 (1986); *In re Oil SIFI by Amoco Cadiz* 954 F. 2nd. 1279 (1992). Las tres bases jurisdiccionales son reconocidas por la Convención de Bruselas de 1968 sobre Jurisdicción y Cumplimiento de Sentencias, Artículos 2 y 5 (reemplazados por la Regulación del Consejo (CE) No. 44/2001 del 22 de diciembre del 2000, sobre Jurisdicción y el Reconocimiento y Cumplimiento de Sentencias en Materias Civiles y Comerciales (Official Journal L 12 del 16-01-2001) en vigor el 01-03-2002.

³¹ Ver *Re Union Carbide Corporation* 634 f. Sup. 842 (1986); *Aguinda v. Texaco Inc.*, 142 F. Supp 2nd 534 (2001).

³² Comparar con *Lubbe v. Cape plc* (2001) 1 Weekly LR 1545.

³³ *Ibid.*, por Lord Hope. Ver en general el Pacto de la ONU sobre Derechos Políticos y Civiles de 1966, Art. 14.

tradicionalmente no ha sido parte del mandato de la Comisión. La Conferencia de La Haya tiene tanto el mandato como la experiencia necesaria para llevar a cabo esta tarea,³⁴ pero, ¿vale la pena realizarla? Armonizar las reglas sobre elección del derecho para los daños transfronterizos no constituye un método para distribuir pérdidas, y contribuirá poco a promover justicia para las víctimas. Es poco probable que esa tarea logre cumplir con la solicitud de la Asamblea General en relación a progresar en materia de responsabilidad. El forum-shopping ya es un fenómeno razonablemente bien establecido; donde hay actuales obstáculos, como en los Estados Unidos, no existe certeza de que lo que proponga la CDI pueda llevar a un cambio sustantivo en el derecho nacional.

La principal razón por la cual el forum-shopping es importante es que nos recuerda que las víctimas de los daños transfronterizos no están necesariamente obligadas a presentar la demanda en un tribunal extranjero. Dado que en general la ubicación del daño proporcionará normalmente la base de jurisdicción necesaria, el demandante frecuentemente tendrá la opción de entablar una demanda en casa, aumentando así la probabilidad de obtener éxito. Siempre que no sean discriminatorios, los tribunales y el poder legislativo tienen la libertad para determinar qué estándares de responsabilidad desean aplicar a dichas demandas por agravios transfronterizos.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS ESQUEMAS DE COMPENSACIÓN

La armonización internacional de la responsabilidad civil por daño accidental es parte importante de muchos esquemas para regular los riesgos transfronterizos de actividades peligrosas. Esta puede ayudar a aliviar la carga que deben soportar los demandantes dañados y, al mismo tiempo, clarificar las responsabilidades de los demandados; también puede ser un medio para evitar problemas de conflicto entre normas, ya que garantiza la aplicación de estándares de responsabilidad comunes en todas las jurisdicciones participantes. Hay ventajas en cuanto a la reducción de la imprevisibilidad, la complejidad y los costos de la litigación. En la medida que la armonización también pueda producir un equilibrio más equitativo entre los intereses de los demandantes y los demandados, ésta ayudará a crear expectativas comunes a nivel regional o global que pueden hacer que los riesgos que representan las actividades peligrosas tengan mayor aceptación social por parte de aquellos que, con mayor probabilidad, puedan resultar afectados.

Las características principales de la mayoría de los tratados de responsabilidad civil son que éstos establecen un esquema común de responsabilidad estricta en el derecho nacional, usualmente dirigido exclusivamente al dueño o al operador de la embarcación o instalación (en ciertas circunstancias con derecho a recurrir en contra de otras partes), limitado en

³⁴ Para un estudio preliminar ver C. Bernasconi, "Civil Liability Resulting from Transfrontier Damage: A Case for the Hague Conference?" (1999) Hague YbIL p. 35. La Conferencia de La Haya decidió no proseguir con la materia.

cantidad y respaldado por el seguro obligatorio y por fondos de compensación adicional, que otorgarán la seguridad de obtener una compensación adicional.³⁵ A pesar de que los límites de la compensación no siempre han sido realistas, las convenciones sobre la responsabilidad civil de este tipo conceden beneficios significativos a los litigantes. El demandante normalmente sabrá a quién demandar. No hay necesidad de probar la negligencia, aunque todavía se tendrá que demostrar que el daño fue ocasionado por el accidente. Los problemas de selección del derecho aplicable se minimizan o se eliminan; el derecho aplicable será principalmente aquel establecido en la convención respectiva. Existen reglas claras respecto de qué tribunal tiene jurisdicción sobre los procedimientos.

Con excepción de la Convención sobre Responsabilidad del Consejo Europeo, que se revisará más adelante, ninguno de los esquemas sigue el principio de “el que contamina paga” en su versión más simple. A pesar de que hay diferencias en cuanto a la forma en que cada esquema asigna las pérdidas, en el caso de la contaminación por la carga de los barcos o por las instalaciones nucleares, la carga mayoritaria de las pérdidas es inicialmente asumida por el dueño de la embarcación o el operador de la instalación hasta el límite especificado, luego por el sector industrial o los Estados implicados, y más allá de este límite recae sobre la víctima inocente, o bien la pérdida deberá ser recuperada a través de demandas interestatales.

Hay tres elementos que requieren mayor explicación: la preferencia por la responsabilidad sin culpa, la atribución de la responsabilidad y la asignación de pérdidas a través de los esquemas de compensación.

5.1. La Responsabilidad Sin Culpa

La elección de la responsabilidad estricta o (en algunos casos excepcionales) absoluta es un rasgo invariable de todas las convenciones sobre responsabilidad (indemnización) internacional. Existen varias razones para esta elección:

- Permite liberar a los tribunales de la difícil tarea de determinar los estándares razonables de debido cuidado y a los demandantes les alivia del peso de tener que probar el incumplimiento de dichos estándares en procesos industriales o instalaciones relativamente complejas y técnicas.
- Sería injusto e inapropiado que los demandantes tuvieran que cargar con un gran peso de la prueba cuando los riesgos de una actividad se aceptan sólo debido a su beneficio social. Este argumento es particularmente fuerte en casos donde las víctimas del daño se encuen-

³⁵ Además de aquellos listados en *supra* n.2, ver también la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daño de Contaminación por Petróleo de 1992 (en vigor desde 1996); la Convención sobre el Establecimiento de un Fondo Internacional de Compensación por Daños provenientes de la Contaminación por Petróleo de 1992 (en vigor desde 1996); la Convención sobre Responsabilidad e Indemnización por el Transporte Marítimo de Sustancias peligrosas y tóxicas de 1996; el Protocolo relativo a la Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1997 y la Convención sobre Compensación Adicional; el Protocolo de 1999 sobre Responsabilidad y Compensación por Daños resultantes del Transporte Transfronterizo de Residuos Peligrosos de 1999; la Convención sobre Responsabilidad Civil por el Daño de Contaminación por Petróleo Bunker de 2001; el Protocolo sobre Responsabilidad Civil e Indemnización por Daños Causados por los efectos transfronterizos de Accidentes Industriales en Aguas Transfronterizas de 2003. Salvo donde se señaló, ninguno de estos acuerdos, hasta donde sé, estaban en vigor al momento de escribir este artículo.

tran en países que no obtienen ningún beneficio de la actividad que causa el daño.

- El riesgo de daño muy serio o generalizado, sin perjuicio de su baja probabilidad, ubica a muchas de las actividades cubiertas por estas convenciones en la categoría de ultra peligrosas.

La culpa (o falta) sigue siendo relevante para casos excepcionales, particularmente donde el daño de contaminación por petróleo ha sido causado intencionalmente o de manera groseramente negligente por el dueño de la embarcación o por una tercera parte. En el primer caso, el dueño ya no tendrá derecho a limitar la responsabilidad. El propósito de una norma de este tipo es garantizar cierto control sobre la conducta de la parte que tiene la mayor responsabilidad inmediata por la seguridad de la embarcación en cuestión. Según el Protocolo sobre Responsabilidad de la Convención de Basilea, una responsabilidad por culpa adicional es impuesta sobre cualquier persona cuyo incumplimiento de las normas que implementan la Convención de Basilea sobre Transporte Transfronterizo de Desechos Peligrosos o cuyos actos u omisiones ilícitas, intencionales, groseramente negligentes o negligentes resulten en que esos desechos causen daño. En el caso de los accidentes nucleares, la culpa sólo es relevante en cuanto ésta otorga al operador un derecho a recurrir en contra de cualquier parte que intencionalmente haya causado el daño.

5.2. Atribución Canalizada de la Responsabilidad

La atribución de responsabilidad sin culpa al dueño/operador también es un elemento presente en la mayoría de las convenciones sobre responsabilidad, pero no es de modo alguno un principio universalmente aceptado. Atribuir la responsabilidad al dueño/operador también significa distintas cosas:

- En el caso de barcos que transportan petróleo o sustancias peligrosas y tóxicas (donde el dueño es responsable) no se podrá iniciar ninguna acción en contra de los arrendatarios, de la tripulación, del piloto o de los empleados de servicio o agentes de ninguno de estos. Otros potenciales demandados podrían ser demandados fuera de los términos de las convenciones. Sin embargo, la Convención del Combustible Bunker del 2001 adopta un enfoque diferente sobre la contaminación producida por barcos, pues atribuye responsabilidad solidaria y divisible al dueño, al arrendatario, al administrador y al operador, de tal manera que esparce la responsabilidad en vez de canalizarla.
- En el caso de las instalaciones nucleares, de los barcos propulsados por energía nuclear y de los barcos que transportan material radioactivo, sólo el operador puede ser demandado:³⁶ todo el resto de potenciales demandados quedan excluidos, incluyendo a los diseñadores, los constructores, los proveedores, los contratistas y otros. Sin embargo, las convenciones sobre responsabilidad por daños nucleares, reconocen que puede haber varios operadores, incluidos los que transportan material nuclear y los que manejan residuos nucleares. En el evento de un accidente que involucre múltiples operadores, la responsabilidad es también solidaria.

³⁶ Convención de París sobre Responsabilidad de Terceras Partes de 1960; Convención de Bruselas sobre Barcos Nucleares de 1962; Acuerdo Complementario de Bruselas de 1963; Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil de 1963; Convención sobre Daño por la Contaminación por Petróleo de 1992; Convención de Bruselas sobre Transporte Marítimo de Material Nuclear de 1971.

En el caso de daños que se deriven del transporte transfronterizo y disposición de desechos (el Protocolo de Basilea), no hay un único operador responsable en todas las etapas. En lugar de ello, los generadores, los exportadores, los importadores y quienes disponen de los desechos son todos potencialmente responsables en distintas etapas del viaje de los desechos hacia su destino final. En general, durante la exportación y el tránsito la persona que notifica a los Estados interesados sobre un futuro movimiento transfronterizo de desechos será responsable (este será el generador o el exportador del desecho); luego quien dispone finalmente de los desechos asume la responsabilidad una vez que la posesión es transferida. Reglas adicionales determinan quién es responsable cuando no existe notificación o cuando los desechos se devuelven al Estado de origen. Cuando son varias las partes responsables, lo que claramente es posible, la responsabilidad es solidaria.

La atribución canalizada de responsabilidad tiene la ventaja de facilitarle al demandante la tarea de identificar al demandado y de establecer una línea clara de responsabilidad. La elección entre el dueño u operador como blanco de la responsabilidad se basa en el supuesto de que estas partes respectivamente se encuentran en la mejor posición para ejercer una efectiva responsabilidad sobre la embarcación o la instalación y de asegurarla. Por otro lado, como demuestran los ejemplos de la Convención del Combustible Bunker y el Protocolo de la Convención de Basilea, la atribución de responsabilidad a un solo dueño u operador no siempre es una opción realista y la opción de “la responsabilidad del dueño/operador” sin más puede representar en algunos casos una solución muy simplista si no cuenta con una definición más amplia de esos términos. No obstante, cuando, como en estos dos ejemplos, puede haber varios “dueños” u “operadores”, la responsabilidad solidaria permitirá al demandante perseguir al más solvente y, si es necesario, distribuir la carga de la compensación de manera más amplia de lo que es posible bajo las Convenciones sobre Daños por Contaminación por Petróleo o sobre Responsabilidad Nuclear.

5.3. Distribución de las Pérdidas

La limitación de la responsabilidad a niveles bajos en muchos de los esquemas convencionales reconoce el hecho de que los dueños de los barcos o los operadores de las instalaciones nucleares, no pueden, en realidad, asumir la responsabilidad por el costo total de los accidentes graves. Es por eso que dichos esquemas también contemplan el pago de sumas adicionales y generalmente mucho mayores provenientes de los fondos de compensación. El punto esencial es que el costo de los accidentes no recae exclusivamente en el dueño-operador, sino que es compartido por éste y las industrias o los Estados implicados. En el caso del combustible Bunker y en el de los residuos, a diferencia de otros esquemas, la responsabilidad, a pesar de ser limitada en su monto, se distribuye entre las distintas partes. En el último caso, la compensación complementaria está sólo disponible para las partes que son países en desarrollo o con economías en transición. Esta limitación no es una característica en otros esquemas de compensación. Otra diferencia es que el fondo se financia con aportes voluntarios de las Partes de la Convención. No es obligatorio que la industria contribuya.

Dos importantes puntos acerca de la distribución de pérdidas sobresalen al examinar estos esquemas de responsabilidad civil y compensación. Primero, como recién hemos señalado, la responsabilidad no se atribuye de modo sistemático sólo a un “operador”. Mientras más amplia sea la definición de “operador”, mayor será la fuente potencial de demandados solventes; mientras mayor sea el conjunto de demandados, más difícil será saber a quién

demandar. Segundo, cada esquema de compensación adicional tiene sus propios acuerdos de financiación. No existe un patrón común. En algunos casos, los Estados asumen la carga final del financiamiento de la compensación, así como la responsabilidad residual en el evento de la insolvencia del operador; en otros, los costos son asumidos en su totalidad por la industria. Esto los convierte en modelos difíciles a partir de los cuales poder derivar algún esquema general de distribución de pérdidas que pueda asegurar un acuerdo universal. Más aun, esto también sugiere que diferentes contextos requieren diferentes soluciones. Hasta ahora sólo se ha hecho un intento de delinear un esquema más general de responsabilidad: la Convención de Lugano del Consejo Europeo de 1993.

5.4. La Convención de Lugano de 1993 sobre Responsabilidad Civil por Daño Resultante de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente

Esta convención es el único esquema que existe para establecer una armonización comprensiva de la responsabilidad medioambiental en Europa, y en cualquier otro lugar. Esta impone sobre el operador u operadores de la actividad en cuestión un esquema común de responsabilidad estricta por el daño causado por actividades peligrosas o sustancias peligrosas. Es el único esquema convencional en el cual la responsabilidad no está limitada en su monto y, en esta medida, refleja el principio de “el que contamina paga” mejor que otros tratados en los cuales la pérdida es repartida. La intención es que la responsabilidad ilimitada del operador esté garantizada por un seguro obligatorio u otra garantía financiera. El “daño” es definido en forma amplia y se contemplan medidas razonables de prevención o de remediación del daño, así como también de los perjuicios a las personas o a la propiedad.³⁷ Con este fin, “medio ambiente” es también ampliamente definido e incluye los recursos naturales, el patrimonio cultural y “los aspectos característicos del paisaje”. La jurisdicción se basa en las normas sobre *forum shopping* de la Convención de Bruselas sobre Jurisdicción y Sentencias Civiles de 1968.

Este esquema comparte la mayoría de los rasgos principales de los regímenes de responsabilidad más especializados, excepto que no se establece ninguna norma para la compensación adicional. Sin embargo, su principal debilidad es que a once años de su adopción todavía no ha logrado atraer ninguna ratificación y, al parecer, no tendrá ningún impacto en Europa a no ser que la CE decida participar. La falta de participación es un problema de la mayoría de los esquemas de responsabilidad; lo menos que se puede decir es que esto arroja ciertas dudas sobre su aceptabilidad o relevancia.³⁸ La posibilidad de que haya cambios importantes en el derecho nacional relativo a la responsabilidad extracontractual es una razón para esta vacilación; la aplicación selectiva de la responsabilidad estricta en algunas áreas y no en otras, puede ser otra razón en la medida en que cambia conceptos fundamentales del derecho nacional. El principal riesgo que existiría para la CDI si ésta tratara de seguir este enfoque, es que éste puede resultar sobrerregulador y producir un resultado indeseable para muchos Estados.

³⁷ Ver L. de La Fayette, en M. Bowman y A. E. Boyle (eds), *Environmental Damage in International and Comparative Law* (Oxford, 2002), Capítulo 9.

³⁸ R. Churchill, “Civil Liability Litigation for Environmental Damage by Means of Treaties: Progress, Problems and Prospects”, (2001) 12 *YbIEL* 3.

6. LA NORMA SOBRE REPARACIONES LOCALES Y LAS DEMANDAS ENTRE ESTADOS: ¿APLICABLE O NO APLICABLE?

Cualquiera sea la concepción sobre asignación de pérdidas que surja de la Comisión, si ésta envuelve el acceso a reparaciones en el derecho nacional, el impacto potencial sobre las demandas interestatales sería una de las principales cuestiones a debatir. Los miembros han estado claramente divididos en relación a este problema.³⁹ El informe de la Comisión del año 2003 señala que: “Cualquier régimen (de responsabilidad) debe ser sin perjuicio de las demandas presentadas según el derecho internacional, en particular, de la responsabilidad del Estado”.⁴⁰ Sin embargo, en derecho internacional, las demandas entre Estados que involucran responsabilidad por daños a extranjeros o por la violación de principios de derechos humanos, generalmente, están condicionadas al agotamiento de los recursos internos, los cuales usualmente implican recurrir al sistema jurídico nacional respectivo como el medio preferido para obtener reparación. Sólo si efectivamente se deniega justicia o si no hubiera ninguna reparación disponible, entonces sería admisible una demanda internacional.⁴¹

En el trabajo de la Comisión sobre el tema de la Protección Diplomática, se ha sugerido que el principio de agotamiento de los recursos internos es inaplicable en caso de daño transfronterizo, porque no existe un nexo o conexión territorial entre la víctima y el Estado demandado.⁴² La idea que aquí subyace, es que la parte dañada debe haber asumido voluntariamente el riesgo de ser sometida a la jurisdicción de un Estado extranjero. El Informe de la Comisión del 2003, adopta la siguiente perspectiva:

“... aun cuando existan remedios locales efectivos, sería irracional e injusto requerir que una persona lesionada agote los recursos internos cuando su propiedad haya sufrido daños medioambientales por contaminación, por fugas de material radioactivo o por la caída de un objeto espacial, proveniente de un Estado en el cual no está ubicada la propiedad...”⁴³

El Proyecto de Artículo 10, por ende, excluye el principio del agotamiento de los recursos internos cuando no hay una “conexión relevante” entre la parte dañada y el Estado responsable. Según esta visión, los gobiernos quedarían en libertad de formular una demanda interestatal en representación de cualquiera que resulte afectado por un daño transfronterizo, sin tener que agotar primero los recursos internos. Si no es necesario agotar los recursos internos en dichos casos, entonces, las demandas interestatales se convierten en el principal medio de obtener reparaciones (en casos donde se pueda establecer la responsabilidad de otro Estado según el derecho internacional). El empleo de los recursos locales sería simplemente una opción adicional o alternativa. ¿Es esto conveniente?

Particularmente en casos donde el daño es generalizado y las víctimas son de escasos recursos, puede ser que la acción gubernamental a nivel interestatal sea la única opción

³⁹ Informe de la CDI de 2002, párrafos 220-228.

⁴⁰ Informe de la CDI de 2003, párrafo 174 (c) (2).

⁴¹ Caso ELSI (CIJ, 1989), p. 15, párrafos 50-63; CDI, Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de 2001, Artículo 44 (b).

⁴² CDI, Informe de 2002, párrafos 204-208, 220-228; Informe de la CDI de 2003, comentario del Artículo 10 (c) sobre el Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática.

⁴³ Comentario del Artículo 10 (c).

realista. Los procedimientos de la Comisión de Compensación de la ONU para entablar demandas en contra de Irak, son el ejemplo más reciente de gobiernos que entablan demandas según el derecho internacional en favor de una multitud de víctimas individuales.⁴⁴ Que esos demandantes deban ser sometidos a los recursos internos sería en este caso una materia que su propio gobierno tendría que decidir.

La visión opuesta de que los recursos internos deben ser agotados cuando estos son adecuados y están disponibles, dejaría a las demandas interestatales como una opción residual para ser ejercida sólo cuando los recursos internos hayan sido infructuosamente agotados o no existan.⁴⁵ La preferencia de los Estados por el acceso no discriminatorio a reparaciones internas, a la responsabilidad civil/esquemas de compensación, y al principio de que “el que contamina paga”, está ya bastante establecida. ¿No sería deseable fomentar o reconocer esta tendencia mediante la aplicación de la norma de los recursos internos a las demandas interestatales por daño transfronterizo, aun cuando las víctimas sean ‘involuntarias’? En casos donde los demandantes son demasiado numerosos o cuentan con muy escasos recursos como para presentar sus demandas ante una corte, los gobiernos podrían asumir el derecho de hacerlo en su favor y deben consolidarlos en un procedimiento de demanda colectiva, como ya ha ocurrido en el Caso Bhopal.⁴⁶ Más aun, cuando la escala del daño y el número y precariedad de los demandantes potenciales hace irracional proceder a través de las cortes nacionales, la norma de los recursos internos sería, de acuerdo a los términos codificados por la CDI, de todas maneras inaplicable.⁴⁷

Dada esta sustantiva condición, que cubriría todos los casos difíciles identificados en los debates de la Comisión, no es tan obvia la razón de por qué la ausencia de una conexión relevante con el Estado demandado deba también excluir la norma de los recursos internos incluso cuando las víctimas dañadas no sufrirían ninguna penuria económica al recurrir a los remedios locales. La Comisión reconoce que la justificación a favor del requisito del nexo voluntario es limitada y contradictoria y su conclusión es tentativa. Al final, este problema consiste en decidir cuál visión es preferible.

⁴⁴ Ver M. Kazazi, “Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission”, en M. Bowman y A.E Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law* (Oxford, 2002), p. 111.

⁴⁵ En el *Trail Smelter* no habían recursos internos que agotar: los tribunales canadienses no tenían jurisdicción sobre el daño producido en el extranjero. En el desastre de Chernobyl tampoco habían recursos internos porque no había responsabilidad según el derecho soviético. Pero en el desastre de Sandoz en el Rin, sí existían recursos internos y fueron utilizados.

⁴⁶ En 1985 la Ley sobre el Desastre del Escape de Gas en Bhopal (procedimiento para las demandas) le otorgó al Gobierno de la India en relación con el desastre el derecho exclusivo para representar a los demandantes indios ante los tribunales indios y en cualquier otro lugar.

⁴⁷ Informe de la CDI de 2003, proyecto de Artículo 10: “Los recursos internos no requieren ser agotados cuando:
 (a) Los recursos internos no otorgan ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva.
 (b) Hay una tardanza injustificada del procedimiento de reparación que es atribuible al Estado supuestamente responsable;
 (c) No existe una conexión relevante entre la persona dañada y el Estado acusado de ser responsable o, las circunstancias del caso hacen que el agotamiento de las reparaciones locales no sea razonable.
 (d) El Estado acusado de ser responsable ha renunciado al requerimiento de que se agoten las reparaciones locales.

7. CONCLUSIONES: ¿QUÉ ROL PARA EL DERECHO INTERNACIONAL?

La cuestión esencial que la Comisión debe determinar es qué formas de compensación están obligados los Estados a poner a disposición de las víctimas del daño fronterizo. Claramente, aquí existen varias posibilidades, no necesariamente excluyentes entre sí:

- Un enfoque de acceso a la justicia: i.e. garantizar que los Estados permitan que se pueda recurrir en contra de una parte privada a través del derecho nacional por parte de las víctimas de daño transfronterizo.
- Un enfoque de armonización/fijación de estándar: i.e. garantizar que en dichos casos las leyes nacionales establezcan estándares internacionalmente aceptados de responsabilidad, jurisdicción, disponibilidad de reparaciones, etc.
- Un enfoque compensatorio: i.e. asegurar que se pueda obtener compensación que cubra situaciones donde la responsabilidad es limitada o inadecuada, o para distribuir la carga equitativamente entre la parte responsable del daño o la contaminación, la industria y (posiblemente) el Estado.
- Enfoque de la responsabilidad del Estado: i.e. (a) hacer que el Estado sea el garante frente a todo daño transfronterizo que emane de su territorio, aunque éste no sea responsable según el derecho internacional y se disponga de un recurso alternativo, o (b) hacer que el Estado sea el garante de última instancia, sólo cuando el recurso alternativo falle, es decir, se trata de una responsabilidad residual solamente. Esto último requiere de la aplicación de la norma de los recursos internos para el daño transfronterizo.

Algunas realidades políticas actuales limitan las posibilidades creativas de la Comisión. Responsabilizar a los Estados por todo daño transfronterizo o ir más allá de los límites existentes a la responsabilidad del Estado que ya han sido codificados, no parece tener grandes posibilidades de aceptación por parte de muchos gobiernos por las razones expuestas anteriormente. Redactar una convención sobre armonización compleja, siguiendo la línea de la Convención de Lugano de 1993, tampoco parece contar con mucho más apoyo a nivel global del que ha obtenido en Europa. Reformar las normas pertinentes de derecho internacional privado y regular el concepto de *forum non conveniens* para facilitar el litigio transfronterizo conduciría a la Comisión a nuevas áreas donde ésta carece de experiencia y donde competiría en desventaja con otras entidades. El acceso no discriminatorio a la justicia ya ha sido reiterado como un derecho básico, pero éste debería complementarse con una concepción de reparación mínima para que fuera totalmente efectivo. Si esto fuera posible, mejoraría la utilidad del *forum shopping* y repercutiría en general en las leyes nacionales sobre responsabilidad.

Esto sugiere que lo que se necesita es algo más de lo que señala el artículo 15 de los Artículos de 2001 sobre Prevención de Daño Transfronterizo, pero algo menos que lo establecido en la Convención de Lugano de 1993. En su Informe del 2003 la Comisión hasta ahora ha dejado abiertas sus opciones, pero partiendo del supuesto de que existe un deber de compensar que los Estados son libres de cumplir de diversas maneras:

“... el examen no sugiere que el deber de compensar sería mejor servido a través de la negociación de un tipo particular de convención relativa a la responsabilidad. El deber puede ser igualmente cumplido mediante el *forum-shopping* y al permitir que el demandante pueda demandar ante la jurisdicción que más le convenga, o a través de la negociación de un acuerdo *ad-hoc*.”⁴⁸

⁴⁸ Informe de la CDI de 2003, párrafo 174 (a).

Sin perjuicio de ello, la Comisión a continuación esboza recomendaciones para un modelo de régimen que podrían adoptar los Estados.⁴⁹ A pesar de que éste se basa en regímenes de responsabilidad existentes, el modelo propuesto intenta ser residual y flexible, en vez de prescriptivo, con el fin de que se adecue a las necesidades de los Estados individuales. A diferencia de cualquier otra convención sobre responsabilidad, la Comisión no propone convertir la responsabilidad estricta en obligatoria; del mismo modo que la Convención de Lugano, la responsabilidad solidaria se distribuirá en forma amplia, haciendo que el operador o la persona a cargo en el momento del accidente sea responsable; a diferencia de Lugano, la responsabilidad limitada sería complementada con una compensación adicional financiada por aquellos que se benefician de la actividad, o por la industria respectiva o por el Estado; el daño al medio ambiente o a los recursos naturales, igual que como lo establece Lugano, también serían incluidos. Finalmente y, en esto difiere significativamente de Lugano, “El Estado también debe garantizar que dentro de su sistema jurídico se encuentra disponible una acción, de acuerdo con los estándares internacionales en evolución, para obtener una compensación equitativa y expedita y reparaciones para el alivio de las víctimas de daño transfronterizo”.⁵⁰

Esta última disposición reconoce, al igual que el Principio 10 de la Declaración de Río, el Artículo 235 de la Convención de 1982 y los precedentes de derechos humanos señalados anteriormente⁵¹, que existen estándares internacionales de compensación para las víctimas transfronterizas, pero no profundiza en la definición de las mismas. La Comisión tendrá que indicar qué factores son relevantes para determinar si la compensación es “equitativa”. No se puede presuponer que los factores equitativos listados en el Artículo 10 de los Artículos sobre Prevención de Daño Transfronterizo de 2001, sean igualmente relevantes cuando se trasladan desde un régimen que apunta a las relaciones interestatales hacia otro que está dirigido a atribuir la responsabilidad a los contaminadores o a otros que causen daño, por las pérdidas sufridas por víctimas individuales. En este último contexto por ejemplo, ¿por qué sería necesario considerar “la viabilidad económica de la actividad en relación a los costos de prevención”? Difícilmente se puede argumentar que la equidad requiere que los demandantes individuales que se ubican en otros Estados deben quedar completa o parcialmente sin compensación sólo para salvar a una fábrica contaminadora de la quiebra. Una formulación alternativa eliminaría la referencia a la equidad y la sustituiría por un estándar de compensación “pronta, adecuada y efectiva” derivado de los precedentes sobre expropiación de propiedad en el derecho internacional.⁵² Cuán diferentes serían estos dos tests en la práctica podría ser el tema de otro artículo; basta con señalar que la cuestión fundamental que está en juego es en qué medida las víctimas deben ser totalmente compensadas por sus pérdidas.⁵³

⁴⁹ Informe de la CDI de 2003, párrafo 174.

⁵⁰ Ibid., párrafo 174 (c)(12).

⁵¹ Nota 27 más arriba.

⁵² Sin embargo, este estándar no es universalmente aceptado. Ver C.F. Amerasinghe, “Issues of Compensation for the taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice”, 41 ICQL 22 (1992). El autor destaca las muy diferentes formulaciones que se emplean en la práctica de los Estados, en las Resoluciones de la ONU y en los laudos arbitrales internacionales y concluye que la compensación total no resulta apropiada en todos los casos.

⁵³ En la Convención de 1972 sobre la Responsabilidad por Objetos Espaciales, el Artículo 12 establece que la compensación debe determinarse de acuerdo al “derecho internacional y a los principios de equidad y justicia”, pero debe ser suficiente como para restablecer a la parte dañada a la “situación que hubiese existido si el daño no hubiera ocurrido”. En una demanda interpuesta después de la caída del Cosmos 954, Canadá no buscó obtener los costos totales de 14 millones, sino que demandó 6 millones y llegó a un acuerdo por 3 millones.

Tan sorprendente como pueda parecer, la Comisión, tal vez llegando al fin de una odisea de veintisiete años de duración, puede que se encuentre contribuyendo tanto a los derechos ambientales como a la responsabilidad. Esto es seguramente correcto. Sin poner en duda la utilidad de las demandas entre Estados para el daño transfronterizo (aunque estas se destacan más por su precariedad), el enfoque más práctico es el de garantizar a las víctimas inocentes el acceso a la justicia y a una compensación adecuada en contra de aquellos que causan el daño transfronterizo, sin hacer que ello dependa enteramente de la voluntad de los gobiernos para actuar en representación de ellas, o de hacer que ellas paguen los costos del daño transfronterizo producido por otros. Donde no se otorgue este recurso, entonces los propios Estados seguirán siendo los responsables de compensar el daño. Este pareciera ser el justo equilibrio entre los medios de reparación que provee el derecho privado y las demandas interestatales.