

CAPÍTULO CUARTO

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN MATERIA DE BIODIVERSIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza compleja del derecho internacional del medio ambiente se manifiesta de un modo particularmente acusado en relación con las cuestiones de la responsabilidad internacional del Estado y la reparación del daño. Los debates doctrinales parecen contradictorios, ya que, en efecto, la aplicación de las reglas existentes y el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta materia se hace difícil.⁵⁰⁵ En el segundo informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, el Relator Especial Ago señaló que “la responsabilidad internacional, fundamental para la existencia de un ordenamiento jurídico internacional y las obligaciones que dicho orden impone, está ligada con la obligación de prevenir y proteger al medio ambiente”.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, cit., p. 101.

⁵⁰⁶ Ago, R., “Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados. Origen de la responsabilidad internacional”, Doc. A/CN/4/233, del 20 de abril de 1970, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1970, párrafo 13.

Los distintos trabajos de codificación de las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente recogen también esta obligación de prevención. Tal ha sido el caso de la Resolución de *l'Institut de Droit International* en sus sesiones de Atenas y El Cairo (1979 y 1987 respectivamente), Cfr. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, www.idi-ii.org, 26 de enero de 2012. Y, posteriormente, del conjunto de normas elaboradas por la Asociación de derecho internacional en la Conferencia de Montreal, y en el ámbito de la protección del medio ambiente fluvial, el Informe EVENSEN sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y el Proyecto de Convenio europeo para la protección de los cursos de agua internacionales contra la contaminación, de 1974. Cfr. Fernández de Casadevante Romani, C., “Responsabilidad internacional del Estado y protección del medio ambiente: insuficiencia de la obligación de prevención”, en Jiménez Piernas, Carlos, (ed.) *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, 1989, Alicante, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, p. 139.

Los intentos por codificar la responsabilidad internacional del Estado en materia ambiental han sido varios y complejos. El primero tuvo lugar en la Conferencia de La Haya de 1930; sin embargo, los miembros de la CDI se dieron cuenta que era imposible llevar a buen término el ambicioso proyecto inicial para esta codificación,⁵⁰⁷ ya que la Comisión no fue capaz de consensuar las reglas fundamentales, tales como las circunstancias que excluyen la ilicitud, la forma de reparación o la definición de daño.⁵⁰⁸

Posteriormente, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la CDI inició su labor para codificar la responsabilidad internacional del Estado.⁵⁰⁹ Tuvieron que pasar varias décadas para que, en 2001, la CDI aprobara un proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (Proyecto de la CDI de 2001).⁵¹⁰ Este proyecto no hace distinción sobre su ámbito material de aplicación. Como ya explicó en su momento la CDI⁵¹¹ y se recoge en la

⁵⁰⁷ El texto provisional aprobado por la Tercera Comisión de Derecho Internacional prevé: “Artículo 1: Todo incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado por parte de sus órganos que cause daño a la persona o a los bienes de un extranjero dentro de su territorio, entraña la responsabilidad de dicho Estado. Artículo 3: La responsabilidad internacional del Estado supone el deber de reparar el daño causado en la medida en que resulta del incumplimiento de sus obligaciones internacionales”. *Cfr.* Bories, C., “The Hague Conference of 1930”, en Crawford, James Pellet Alain y Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 62; García Amador, F., *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963, pp. 502-521.

⁵⁰⁸ *Cfr.* Bories, C., “The Hague Conference of 1930”, *cit.*, p. 65.

⁵⁰⁹ Resolución de la AGNU A/RES/799(VIII) del 7 de diciembre de 1953. “Petición de codificación de los principios de Derecho internacional que rigen la responsabilidad del Estado”.

⁵¹⁰ La Comisión de Derecho Internacional adoptó dicho Proyecto en su 53o. periodo de sesiones, aprobado por la Resolución de la AGNU 56/83, del 12 de diciembre de 2001. El Proyecto consta de 59 artículos y está dividido en cuatro partes. La primera se refiere a “El hecho internacionalmente ilícito del Estado”, que comprende los capítulos relacionados con los principios generales, a la atribución de un comportamiento al Estado, la violación de una obligación internacional, la responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado y las circunstancias que excluyen la ilicitud. La segunda parte “Contenido de la responsabilidad internacional del Estado”, que tiene tres capítulos: el de principios generales, el relativo a la reparación del perjuicio, así como el de las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general. La tercera parte, “Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado”, se divide en dos capítulos: el de invocación de la responsabilidad del Estado y el de las contra medidas. Finalmente, la cuarta parte es la de las disposiciones generales.

⁵¹¹ *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones (23 de abril a 1o. de junio y del 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General, 56o. periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/56/10), pp. 38 y ss.

doctrina,⁵¹² este proyecto regula las normas secundarias aplicables en todas las posibles violaciones materiales del derecho internacional sin excepción *ratione materiae*. Por tanto, abarca también la protección del medio ambiente, sin perjuicio de los regímenes especiales aplicables, tal y como había señalado el Institut de Droit International, en su sesión de Estrasburgo de 1997, al constatar que “the principles of international law governing international responsibility also apply to obligations relating to environmental protection.”⁵¹³

II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

El artículo 1o. del Proyecto de la CDI enuncia que “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Por tanto, de la comisión de hechos internacionalmente ilícitos nacen relaciones jurídicas que conforman la responsabilidad internacional. Tradicionalmente se entendía que estas relaciones eran bilaterales; sin embargo, se ha aceptado, paulatinamente, que existen hechos internacionalmente ilícitos que implican responsabilidad incluso respecto a la comunidad internacional, por la violación de normas *erga omnes*.

La responsabilidad internacional, señala Gutiérrez Espada, es la situación que se produce cuando un sujeto de derecho internacional lleva a cabo una conducta que es contraria a lo que de él exige una norma internacional en vigor, es decir, al cometer un hecho ilícito internacional.⁵¹⁴ Este hecho ilícito es acompañado por la aparición de una nueva relación jurídica entre el Estado al que se le imputa el hecho, que está obligado a reparar, y el Estado con respecto al cual existe la obligación incumplida, quien puede exigir una reparación. En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) mencionó, en 1928, en el asunto *The Factory at Chorzów*, que “...it is a principle of international law and even a general conception

⁵¹² Cfr. Gutiérrez Espada, C. y Bermejo García, R., “La responsabilidad patrimonial de los Estados en derecho internacional”, en Quintana López, Tomás (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 339-442.

⁵¹³ Cfr. Artículo 3o. del texto. “Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage” *Annuaire de l’Institut de Droit International*, París, vol. 67-II, 1998, pp. 486-512. También véase, Scovazzi, T., “Some Remarks on International Responsibility...”, *cit.*, pp. 209 y ss.

⁵¹⁴ Los sujetos internacionales más relevantes son los Estados y las organizaciones internacionales. Cfr. Gutiérrez Espada, C., *La responsabilidad internacional de Estados y organizaciones. Balance provisional de coincidencias y matices*, Murcia DM, 2010, p. 28.

of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”.⁵¹⁵

Asimismo, la obligación que tienen los Estados de no permitir que su territorio sea utilizado para causar perjuicios a otro Estado fue establecida por la sentencia arbitral de 1938 en el asunto *Fundición de Trail*,⁵¹⁶ constituyendo un precedente clásico en materia ambiental. En aquella ocasión se precisó que:

...under the principles of international law..., 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 consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.⁵¹⁷

No obstante, su aplicación en el ámbito del medio ambiente es más reciente desde el punto de vista multilateral, ya que fue recogida por la Declaración de Estocolmo de 1972,⁵¹⁸ y posteriormente por la Carta de los

⁵¹⁵ Cfr. Asunto *Fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, de 13 de septiembre de 1928, Publicaciones de la CPJI, serie A, núm. 17, p. 29. También véase, Pellet, A., “The definition of responsibility in international law”, en Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 5.

⁵¹⁶ En 1896, se estableció una fundición de zinc y plomo en la zona conocida como *Trail*, Canadá, cerca de la frontera con Estados Unidos. Como consecuencia de sus actividades, las emanaciones tóxicas propias de la fundición, se desplazaron por acción del viento hacia los Estados Unidos. Esto originó que el gobierno de los Estados Unidos iniciara una queja formal contra Canadá, exigiéndole que interrumpiera los actos dañinos, así como le proveyera de una indemnización para restituir los daños ambientales a su estado original. El caso fue sometido a una Corte Arbitral, la que pronunció dos fallos. El primero, de 1938, ordenó a Canadá el pago de una indemnización cuantiosa por el daño ocasionado. Y el segundo, de 1943, que obligó al gobierno de Canadá el cese de las actividades de la Fundición de Trail hasta que se llegara a un arreglo definitivo. Cfr. Laudo arbitral de Naciones Unidas, *Trail Smelter (Estados Unidos vs. Canadá)*, del 16 de abril de 1938 y 11 de marzo de 1941, vol. III, pp. 1905-1982, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf, 22 de febrero de 2012.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 1965. También véase, Gómez-Robledo Verduzco, A., *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 349 y ss.

⁵¹⁸ Véase el capítulo primero.

Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974⁵¹⁹ y el Convenio sobre el Derecho del Mar de 1982.⁵²⁰

1. *El hecho ilícito internacional*

El Proyecto de la CDI de 2001 establece en su artículo 2o. que existe un hecho ilícito internacional cuando el comportamiento, consistente en una acción u omisión del Estado cumple otras dos condiciones. La primera, que sea atribuible al Estado según el derecho internacional. Y la segunda, que constituya una violación de una obligación internacional. Cabe señalar que las organizaciones internacionales, como sujetos derivados del derecho internacional, también pueden incurrir en responsabilidad, pues así lo prevé el artículo 57 del citado proyecto. Si bien la codificación de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales culminó el 6 de julio de 2009 con la aprobación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.⁵²¹

La CPJI, en el asunto *Fosfatos de Marruecos* (1936), haciendo referencia a estas dos condiciones necesarias para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, vinculó expresamente el nacimiento de la responsabilidad internacional a la existencia de “un acto atribuible al Estado y calificado como contrario a los derechos convencionales de otro Estado”.⁵²² En aquella sentencia, el Tribunal precisó que la violación del derecho in-

⁵¹⁹ El artículo 30 de la Carta de Derecho y Deberes Económicos de los Estados prevé que “La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente”. Adoptada por la Resolución de la AGNU 3281 (XXIX), del 12 de diciembre de 1974.

⁵²⁰ El artículo 192 del Convenio sobre el Derecho del Mar prevé que “Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino”. Y el artículo 194.1 cita: “Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino...”.

⁵²¹ Resolución de la AGNU A/64/10 del 6 de julio de 2009.

⁵²² *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, p. 50.

ternacional es un hecho que envuelve directamente la responsabilidad internacional. Y añadió; “this act, [la violación del derecho internacional], being attributable to the State and described as contrary to the treaty right of another State, international responsibility would be established immediately as between the two States”.⁵²³

A. *La atribución del acto ilícito*

Uno de los elementos decisivos en la teoría de la responsabilidad internacional es la atribución o imputación a un sujeto de los hechos internacionalmente ilícitos. Dado que se trata de una institución del sistema jurídico internacional, la responsabilidad internacional sólo puede ser invocada por y en contra de un sujeto de derecho internacional.⁵²⁴ No obstante, cabe recordar que el Estado es una persona jurídica que actúa a través de sus órganos, es decir, por personas. Por tanto, si una acción u omisión es o no atribuible al Estado, dependerá de si la conducta de las personas, que forman parte de los órganos del Estado puede o no ser considerada como conducta del Estado.

Al regular el elemento subjetivo del hecho ilícito, es decir, la atribución, el Proyecto de la CDI de 2001 partió de un concepto amplio de Estado, en contraposición del artículo 7.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que delimita de forma estricta la capacidad internacional de representar el Estado, pero sólo a efectos del derecho de los tratados. En cambio, para la atribución de la responsabilidad a un Estado, el capítulo II del Proyecto de la CDI de 2001, titulado *La atribución de un comportamiento al Estado*, considera que la acción u omisión de diversos órganos, grupos y entidades puede atribuirse al Estado si se cumplen una serie de requisitos. El artículo 4o. del Proyecto de la CDI de 2001 prevé el comportamiento de los órganos del Estado, considerando que es hecho del Estado “el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas,

⁵²³ Cfr. Asunto *Fosfatos de Marruecos (Italia vs. Francia)*, del 14 de junio de 1936, Publicaciones de la CPJI, series A/B, núm. 74. p. 28. También véase, Stern, B., “The Elements of an Internationally Wrongful act”, en Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, cit., p. 201.

⁵²⁴ Con la excepción de las violaciones de las obligaciones de derechos humanos en virtud de convenios regionales, o violaciones de los derechos de los inversionistas extranjeros en virtud de tratados multilaterales o para la protección de las inversionistas extranjeras y la responsabilidad penal internacional de las personas.

judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”. Y, además, añade que por órgano se entenderá “toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”. Es decir, el término “órgano del Estado” comprende todas las entidades individuales o colectivas que integran la organización del Estado y actúan en su nombre. Aunque el principio enunciado en el artículo 4o. es claro e indubitable, su aplicación puede plantear dificultades. Un problema particular es determinar si una persona que sea parte de un órgano del Estado actúa en calidad de tal. A este efecto, es indiferente que la persona tenga motivos ulteriores o abuse del poder público. Cuando esta persona actúe aparentemente en calidad oficial, o bajo las apariencias de autoridad, sus acciones serán atribuibles al Estado.

El artículo 5o. del Proyecto de la CDI de 2001 considera como hecho del Estado al “...comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”. En este caso, el artículo 5o. versa sobre la atribución al Estado del comportamiento de organismos que no son órganos estatales en el sentido del artículo 4o., pero que están facultados para ejercer atribuciones del poder público. Este artículo tiene en cuenta a las entidades paraestatales que ejercen atribuciones de poder público en lugar de los órganos del Estado, e igualmente abarca a las antiguas empresas estatales privatizadas, pero que conservan ciertas funciones públicas o normativas. Este artículo no pretende determinar exactamente el alcance del “poder público” a efectos de atribuir el comportamiento de una entidad al Estado. Lo que tiene importancia es la manera en que la entidad que no sea órgano del Estado responde de su ejercicio ante el Estado.⁵²⁵

El artículo 6o. del Proyecto de la CDI de 2001, por su parte, regula el comportamiento de un órgano de un Estado puesto a disposición de otro Estado. Este artículo considera por hecho del Estado según el derecho internacional “el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra”. En este sentido, el artículo 6o. trata de una situación limitada y precisa en que un órgano de un Estado se pone efectivamente a disposición de otro Estado de modo que el

⁵²⁵ *Cfr.* Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones 2001, *cit.*, p. 80.

órgano puede actuar temporalmente en su provecho y bajo su dirección. En tal caso, el órgano, inicialmente perteneciente a un Estado, actúa exclusivamente para los fines de otro Estado y en su nombre, y su comportamiento se atribuye solamente a este Estado. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando los servicios sanitarios u otras dependencias están a las órdenes de otro país para ayudar en la lucha contra una epidemia o un desastre natural. En cambio, la simple ayuda o asistencia ofrecida por el órgano de un Estado a otro en el territorio de este último no queda comprendida en el ámbito de este artículo, por ejemplo, enviar fuerzas armadas para ayudar en el ejercicio de la legítima defensa colectiva. Puede ocurrir, asimismo, que el órgano de un Estado actúe siguiendo instrucciones conjuntas de su propio Estado y de otro, o puede existir una entidad única que es un órgano conjunto de varios Estados. En estos casos, el comportamiento en cuestión es atribuible a ambos Estados en virtud del artículo 47 del Proyecto de la CDI de 2001.

Por último, el artículo 7o. del Proyecto de la CDI de 2001 trata los actos no autorizados o *ultra vires* del Estado. Este artículo establece que “el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”. Podemos observar claramente que el comportamiento de un órgano del Estado o de una entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público, que actúe en su calidad oficial, es atribuible al Estado mismo si el órgano o la entidad se han excedido en sus atribuciones o ha contravenido las instrucciones recibidas.

B. *El comportamiento antijurídico*

Respecto al elemento objetivo, el artículo 12 del Proyecto de la CDI de 2001 establece que hay violación de una obligación internacional cuando el hecho del Estado no está conforme con lo determinado por la obligación, cualquiera que sea su origen o naturaleza. Desde luego, la obligación debe encontrarse vigente para el Estado infractor. La determinación acerca de cuándo se ha producido la violación de una obligación depende de los términos precisos de la obligación, teniendo en cuenta su objeto y su finalidad, así como la realidad de los hechos.

Al introducir el concepto de violación de una obligación internacional, es necesario poner de relieve la autonomía del derecho internacional, de conformidad con el artículo 3o. del Proyecto de la CDI de 2001. A tenor del

artículo 12, la violación de una obligación internacional consiste en la falta de conformidad entre el comportamiento que esa obligación exige del Estado y el comportamiento del Estado, es decir, entre las exigencias del derecho internacional y la realidad de los hechos.

La violación de una obligación internacional, señala Pisillo-Mazzeschi, se hace evidente en los casos relativos a daños ambientales, que conciernen la responsabilidad de los Estados por los hechos cometidos por los particulares para prevenir los daños ambientales, y en caso de no hacerlo, determina su responsabilidad por omisión.⁵²⁶ En estos casos, las obligaciones de los Estados aparecen como obligaciones de protección que requieren un comportamiento activo para asegurar su prevención o represión.

Esta afirmación no deja de presentar ciertas dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta que las normas ambientales internacionales se caracterizan a menudo por su falta de concreción y por los elementos propios de las normas de *Soft Law*. Por ello, desde la doctrina se insiste en la necesidad de abandonar las interpretaciones subjetivas, relativas a la existencia de elementos culposos, para centrarse en la consideración de elementos objetivos, susceptibles de ser definidos de un modo preciso. Por tal motivo, sería deseable que las normas primarias en materia ambiental defendiesen con mayor precisión los parámetros de legalidad de las conductas ambientales de los Estados.⁵²⁷ Cabe subrayar, como menciona Orrego Vicuña, que el apego inicial a la noción de dolo dejó paso a la idea de culpa, para centrarse finalmente en la noción de diligencia debida, entendida como la expresión de la conducta que cabe esperar de un gobierno.⁵²⁸

⁵²⁶ Pisillo-Mazzeschi, R., "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en Francioni, Francesco y Scovazzi, Tullio (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, Graham & Trotman, 1991, p. 34.

⁵²⁷ Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, cit., p. 108.

⁵²⁸ Orrego Vicuña menciona que "The principles of international law governing State or international responsibility will also apply generally to the breach of obligations relating to environmental protection. The point at issue, however, is what standard will be required in order to engage State responsibility. Fault-based responsibility, generally expressed in terms of the due diligence test, has been thus far the preferred approach under international law as well as under domestic law. This situation does not mean that State responsibility has not been in itself evolving in order to meet new challenges and requirements. Earlier reliance on «hostile intention» (*Dolus*) gave place to the broader concept of «manifest negligence» (*Culpa*) which in turn led to due diligence understood as an expression of conduct to be expected of a good government". Cfr. Orrego Vicuña, E., "Final Report: Responsabilité et environnement", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, París, vol. 67-I, 1997, p. 318.

C. *El daño: ¿condición necesaria para la responsabilidad internacional?*

Como podemos observar claramente, el artículo 2o. del Proyecto de la CDI de 2001 no considera el “daño” como un elemento de los hechos internacionalmente ilícitos del Estado. Este matiz se debió a la concepción de Ago, quien fue el relator especial en el momento en que fue aprobada la primera parte del proyecto en primera lectura.

En 1973, durante el 25o. periodo de sesiones de la CDI, Ago explicaba que cuando se habla del daño en el derecho internacional, se hace referencia al concepto de daño del derecho civil, es decir a un perjuicio económico. Los términos *préjudice* (francés) e *injury* (inglés) designan la lesión naturalmente causada por una acción que constituye el incumplimiento de una obligación internacional, pero no es necesariamente un daño en el sentido económico que generalmente se da a esa palabra. Además, continuaba el relator especial, el hecho de que algunos autores estimen que el daño sea un tercer elemento, se debe fundamentalmente a que han considerado la figura de la responsabilidad desde el punto de vista exclusivo de los daños ocasionados a los extranjeros, es decir, en un marco en el que la obligación internacional infringida determina el no causar o prevenir el daño. Sin embargo, existen ejemplos que demuestran la existencia de hechos internacionalmente ilícitos sin que haya daño, como es el supuesto del Estado que no adopta la legislación a que se ha obligado en un tratado internacional, con lo cual, en estricto sentido, no causa daño a pesar de su incumplimiento.⁵²⁹

En consecuencia, Ago afirmó que no puede decirse que el elemento denominado “daño” sea la tercera condición para poder hablar de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, ya que hay hechos internacionalmente ilícitos que no acarrearán daños económicos y, si bien es cierto que todo incumplimiento de una obligación implica un perjuicio, el elemento de perjuicio está ya comprendido en el incumplimiento de la obligación.⁵³⁰

En el mismo sentido, Yasseen, presidente de la 1205a. sesión de la CDI (14 de mayo de 1973), explicó su conformidad con el citado relator especial. En concreto señaló que:

...es difícil concebir que pueda haber responsabilidad en ausencia de todo daño. La máxima “no hay acción sin interés” parece tan válida en el Derecho internacional como en el Derecho interno. El daño o perjuicio podría carac-

⁵²⁹ Cfr. Actas resumidas del vigésimo quinto periodo de sesiones, 7 de mayo a 13 de julio de 1973, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Nueva York, vol. I, 1974, p. 20.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 20.

terizarse por la lesión de un derecho. Pero, como ha dicho el Relator Especial, todo incumplimiento de una obligación internacional implica la lesión de un derecho subjetivo. Por consiguiente, el concepto de daño o de perjuicio está implícitamente contenido en el de incumplimiento de una obligación, aunque, por supuesto, no se trata necesariamente de un daño material. En consecuencia, no es preciso mencionar el daño separadamente, como tercer elemento constitutivo de un hecho internacionalmente ilícito.⁵³¹

Por el contrario, otros miembros de la CDI no estuvieron de acuerdo en excluir la figura del daño de los elementos constitutivos de la responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos. Entre ellos, Sette Cámara opinó que la posición del relator especial únicamente se basaba en el daño patrimonial, cuando existe una diversidad de daños que van más allá de las pérdidas materiales de los particulares, daños que son sufridos por el Estado y no por los particulares, como sería el caso de un oficial de aduanas que abre una valija diplomática, aun cuando ésta no contenga documentos o materiales confidenciales, no hay un daño material directo, pero sí existe un daño moral a la dignidad del Estado. A su juicio, el elemento de daño es siempre el que autoriza a un Estado a formular una reclamación contra otro y a pedir reparación.⁵³²

El relator especial Crawford, por su parte, advirtió que “ni el artículo 1o. ni el 3o. (del Proyecto de la CDI de 2001) prevén un requisito general de daño a un Estado o a otra persona jurídica como condición previa del hecho ilícito, y menos aún un requisito de daño material”.⁵³³ No obstante, el relator especial advirtió que no deben sacarse demasiadas conclusiones de esta decisión por tres motivos. En primer lugar, algunas normas de derecho internacional pueden exigir que se produzca efectivamente un daño antes de plantear cualquier cuestión relativa a la responsabilidad. Un ejemplo es el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), que se refiere a la obligación de asegurar que ciertas actividades “no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de toda jurisdicción nacional”. En segundo lugar, los artículos 1o. y 3o. del Proyecto de la CDI de 2001 no se pronuncian en cuanto a si existe una obligación respecto a los Estados no lesionados directamente, o a los Estados en ge-

⁵³¹ *Ibidem*, p. 25.

⁵³² *Idem*.

⁵³³ Crawford, J., “Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados”, A/CN.4/490 y Add. 1 a 7, del 24 de abril, 1o., 5, 11 y 26 de mayo, 22 y 24 de julio, y 12 de agosto de 1998, párrafo 112.

neral, o al conjunto de la comunidad internacional y, de ser así, tampoco se pronunciaría sobre cuándo existe esa obligación. Esta cuestión se aborda actualmente en los artículos 19 y 40 del Proyecto de la CDI de 2001. El requisito del daño como condición previa de la responsabilidad podría darse en todo caso en un contexto estrictamente bilateral, como sucedió en el arbitraje sobre el *Rainbow Warrior*.⁵³⁴ Y por último, las disposiciones de los artículos 1o. y 3o. del Proyecto de la CDI de 2001 no niegan, desde luego, la pertinencia del daño, moral o material, para los diversos efectos de la responsabilidad. Lo que se niega simplemente es que exista un requisito categórico de daño moral o material para poder exigir responsabilidad por la violación de una norma internacional.⁵³⁵

Además, Crawford indicó que existe realmente un problema al tratar de aclarar los conceptos de *injury* y *damage* por las diferentes connotaciones que dichos términos encierran no sólo en inglés, sino en las diversas tradiciones jurídicas, por lo que la comisión redactora había decidido utilizar *injury* el cual comprendía *any damage* ya fuera material o moral originado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.⁵³⁶

Finalmente, el informe de la CDI aprobado en 2001 recoge entre sus comentarios al artículo 2o. que:

La exigencia de elementos de ese tipo depende del contenido de la obligación primaria (daño), y no existe ninguna regla general al respecto. Por ejemplo, la obligación que incumbe en virtud de un tratado de promulgar una legislación uniforme es violada por el hecho de no promulgar la ley, y no es necesario que otro Estado Parte indique que ha sufrido un daño concreto debido a ese incumplimiento. Que una obligación determinada no se cumpla por la mera inacción del Estado responsable, o que se exija que se produzca alguna otra circunstancia dependerá del contenido y la interpretación de la obligación primaria y no puede determinarse en abstracto.⁵³⁷

Cabe añadir que la calificación de un comportamiento como ilícito no depende sólo de que éste resulte contrario a una obligación internacional. A

⁵³⁴ Laudo arbitral de Naciones Unidas, *Rainbow Warrior (Nueva Zelanda vs. Francia)*, del 30 de abril de 1990, vol. XX, pp. 215-284, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf, 22 de febrero de 2012

⁵³⁵ Crawford, J., “Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *cit.*, párrafo 117.

⁵³⁶ Crawford, J., *et al.*, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”, *European Journal of International Law*, vol. 12, núm. 5, 2001, p. 972.

⁵³⁷ *Cfr.* Comentario al artículo 2o., Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, p. 55.

este respecto, recuerda Scovazzi que, como es normal, muchas actividades no están prohibidas por el derecho internacional y por tanto son lícitas.⁵³⁸ Sin embargo, el carácter lícito o ilícito de una actividad no se refiere necesariamente al daño que se produce, pues el daño originario de una actividad ilícita es siempre ilícito, aunque este daño ilícito pueda surgir también de una actividad lícita. Es necesario, además, comprobar que no exista una causa de exclusión de la ilicitud aplicable, porque de ser así, el comportamiento del Estado perdería su naturaleza antijurídica.⁵³⁹

En definitiva, el Proyecto de la CDI de 2001 evita el concepto de daño como requisito para constatar la responsabilidad de un Estado, argumentando que será determinado por las normas primarias y que únicamente corresponde al proyecto, como norma secundaria, establecer si una obligación ha sido violada y a quién atribuirle la responsabilidad. Pero, como bien menciona Wyler, la desaparición del daño como condición necesaria de los hechos internacionalmente ilícitos es una revolución conceptual que puede sorprender, sobre todo cuando el concepto de daño se encuentra en la segunda parte del proyecto, por ejemplo, en los artículos 31 y 36 en materia de reparación e indemnización de los perjuicios causados por los hechos internacionalmente ilícitos.⁵⁴⁰

2. Causas de exclusión de la ilicitud

La exclusión de la ilicitud de la acción u omisión de un Estado puede generarse por seis motivos diferentes, tal como lo prevén los artículos 20 a 24 del Proyecto de la CDI de 2001.

En primer lugar, deja de existir un acto contrario a derecho cuando un Estado otorga su consentimiento a la comisión por otro Estado de un hecho determinado incluso ilícito, en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites del consentimiento ofrecido (artículo 20). De conformidad con este artículo, el consentimiento de un Estado a un determinado comportamiento de otro excluye la ilicitud de ese acto en relación con el Estado que lo consiente, siempre que este consentimiento sea válido y en la medida en

⁵³⁸ Scovazzi, T., “La responsabilità internazionale per violazione di norme relative alla protezione dell’ambiente”, en Fodella, Alessandro y Pineschi, Laura (eds.), *La protezione dell’ambiente nel Diritto Internazionale*, Turín, Giappichelli, 2009, p. 193.

⁵³⁹ Gutiérrez Espada, C., *La responsabilidad internacional de Estados y organizaciones*, cit., p. 39.

⁵⁴⁰ Wyler, E., “From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law”, *European Journal of International Law*, Florencia, vol. 13, núm. 5, 2002, p. 1152.

que el comportamiento permanezca dentro de los límites del consentimiento otorgado.⁵⁴¹

La segunda causa de exclusión es la legítima defensa, como medida adoptada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (artículo 21). En este caso, no se discute la existencia de un principio general por el que se reconoce la legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. El artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas preserva el derecho inmanente de un Estado a la legítima defensa frente a un ataque armado y forma parte de la definición de la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.⁵⁴²

La tercera causa de exclusión son las contramedidas adoptadas frente a un hecho internacionalmente ilícito. En algunas circunstancias, la comisión por un Estado de un hecho internacionalmente ilícito puede justificar que otro Estado lesionado por ese hecho adopte contramedidas que no entrañen el uso de la fuerza a fin de lograr su cesación y obtener reparación por el daño sufrido.⁵⁴³ La práctica de los Estados confirma que las contramedidas que cumplan ciertas condiciones sustantivas y de procedimiento pueden ser legítimas. En el asunto *Gabčíkovo – Nagymaros*, la CIJ aceptó que las contramedidas puedan justificar un comportamiento que en otro caso sería ilícito, pero que para ello “debía adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigidas contra ese Estado”.⁵⁴⁴

La fuerza mayor es la cuarta causa de exclusión de la responsabilidad. En este caso, la ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional queda excluida si ese hecho se debe a una

⁵⁴¹ Esto ocurre todos los días que los Estados consienten a otros Estados un comportamiento que, de otro modo, constituiría una violación de una obligación internacional. Por ejemplo, el tránsito por el espacio aéreo o las aguas internas de un Estado. Pero debe trazarse una distinción entre el consentimiento en relación con una determinada situación o un comportamiento determinado y el consentimiento en relación con la obligación subyacente en sí. En el caso de un tratado bilateral, los Estados partes pueden en cualquier momento convenir en dar por terminado o dejar en suspenso el tratado, en cuyo caso las obligaciones derivadas de éste quedarán terminadas o suspendidas en la forma correspondiente. *Cfr.* comentario al artículo 20, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, pp. 175 y ss.

⁵⁴² *Ibidem*, comentario al artículo 21, pp. 180 y ss.

⁵⁴³ Los artículos 49 a 54 del Proyecto de la CDI de 2001 prevén: 1) el objeto y límites de las contramedidas, 2) las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas, 3) la proporcionalidad de las contramedidas, 4) el recurso a las contramedidas, 5) la terminación de las mismas y, 6) las medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado.

⁵⁴⁴ *Cfr.* párrafo 83, Sentencia de la CJI, *Gabčíkovo – Nagymaros (Hungria vs. Eslovaquia)*, del 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports*, 1997.

fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación (artículo 23). Sin embargo, la fuerza mayor tiene dos excepciones. La primera es si tal situación se debe únicamente o en combinación con otros factores al comportamiento del Estado que la invoca, y la segunda, si el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación. La fuerza mayor se invoca muchas veces como motivo para excluir la ilicitud de un hecho del Estado. Esto entraña una situación en que el Estado de que se trate se ve obligado en la práctica a actuar de una manera contraria a las exigencias de una obligación internacional que le incumbe. La fuerza mayor se distingue de una situación de peligro extremo (artículo 24) o del estado de necesidad (artículo 25) porque el comportamiento del Estado, que de otra manera sería internacionalmente ilícito, es involuntario o por lo menos no entraña ningún elemento de libre elección. Una situación de fuerza mayor que excluye la ilicitud ocurre sólo si se reúnen tres elementos. El primero, que el hecho en cuestión debe ser suscitado por una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto. El segundo, que la situación sea ajena al control del Estado interesado. Y tercero, que en esas circunstancias sea materialmente imposible cumplir la obligación.⁵⁴⁵

El quinto motivo trata el peligro extremo. En este caso, la ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado (artículo 24). No obstante, esta causa no es aplicable si la situación de peligro extremo se debe únicamente o en combinación con otros factores al comportamiento del Estado que la invoca, o bien si es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor. A diferencia de las situaciones de fuerza mayor tratadas en el artículo 23, una persona que actúa en condiciones de peligro extremo no lo hace involuntariamente, aunque la elección queda efectivamente anulada por la situación de extremo peligro. No se trata de elegir el cumplimiento del derecho internacional y de otros legítimos intereses del Estado, como se plantea en el estado de necesidad en virtud del artículo 25. El interés de que trata es inmediato, salvar vidas, sin que importe la nacionalidad de las personas. En la práctica, los casos de peligro extremo se han referido esencialmente a casos de buques o aeronaves que entran en el territorio de un Estado en razón del mal tiempo o de una falla mecánica o de navegación.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ *Cfr.* Comentario al artículo 23, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, pp. 186 y ss.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, comentario al artículo 24, pp. 193 y ss.

Por último, cabe señalar que el estado de necesidad no puede ser invocado como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de un Estado. No obstante, la alusión al estado de necesidad es posible en los supuestos en los que es el único modo para salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente (artículo 25). Las diferencias entre el estado de necesidad y las otras circunstancias que excluyen la ilicitud son varias. A diferencia del consentimiento, de la legítima defensa y de las contramedidas, el estado de necesidad no depende de un comportamiento anterior del Estado lesionado. A diferencia de la fuerza mayor, no supone un comportamiento involuntario o impuesto. Y, por último, a diferencia del peligro extremo, el estado de necesidad no consiste en un peligro para las vidas de las personas de un Estado, sino en un peligro para los intereses del propio Estado o de la comunidad internacional en su conjunto. Estas características significan que el estado de necesidad sólo podrá alegarse en muy contadas ocasiones para excusar el incumplimiento de una obligación y su invocación quede sometida a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso.⁵⁴⁷

3. *Consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado*

La violación de una norma de derecho internacional genera dos obligaciones generales para los sujetos internacionales que la hayan cometido. La primera es la obligación de poner fin a su conducta y ofrecer seguridades y garantías de no repetición, si las circunstancias lo exigen. La segunda es la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

La primera obligación supone poner fin a su conducta ilícita y ofrecer seguridades y garantías de no repetición (artículo 30 del Proyecto de la CDI de 2001). Es una obligación que conlleva a una conducta de restablecimiento y reconstitución de la relación jurídica afectada por la violación de la norma internacional. La cesación tiene por objeto poner fin al comportamiento ilícito que continúa. El Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto del arbitraje *Rainbow Warrior*, subrayó dos condiciones esenciales para que nazca el requisito de la cesación de un comportamiento ilícito. La primera, que el hecho internacionalmente ilícito tuviese carácter continuo, y la segunda, que la norma violada siga en vigor en el momento que se im-

⁵⁴⁷ *Ibidem*, comentario al artículo 25, pp. 201 y ss.

ponga la sanción.⁵⁴⁸ Si bien lo más habitual es que la obligación de cesar un comportamiento ilícito nace en el caso de un hecho internacionalmente ilícito continuado, ya que el artículo 30 del Proyecto de la CDI de 2001 abarca también situaciones en que un Estado ha violado una obligación en una serie de ocasiones lo que implicaría la posibilidad de ulteriores repeticiones. Las seguridades y garantías de no repetición, por su parte, cumplen una función preventiva y pueden describirse como un reforzamiento positivo del cumplimiento futuro. Estas obligaciones tienen como objetivo restablecer la confianza en una relación continuada.

La segunda obligación consiste en reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito (artículo 31 del Proyecto de la CDI de 2001). Fue formulada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa relativa a la *Fábrica de Chorzów*, al constatar que:

...la infracción de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención...⁵⁴⁹

Posteriormente, la CPJI especificó el contenido de la obligación al declarar que:

El principio esencial que consagra el concepto real del hecho ilícito es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho. Los principios que habían de servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al Derecho internacional eran la restitución en especie o, si ello no fuera posible, el pago en una suma correspondiente al calor que arrojaría la restitución en especie y la concesión, de ser necesario, de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos que no quedasen comprendidos en la restitución en especie o el pago en lugar de la restitución.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Cfr. párrafo 114, p. 270. Laudo arbitral de Naciones Unidas, *Rainbow Warrior (Nueva Zelanda c. Francia)*, del 30 de abril de 1990, vol. XX, pp. 215-284, http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf, 22 de febrero de 2012.

⁵⁴⁹ Cfr. Asunto *Fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, del 13 de septiembre de 1928, Publicaciones de la CPJI, serie A, núm. 17, p. 21. También véase, Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado: introducción, texto y comentarios*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 245.

⁵⁵⁰ Cfr. Asunto *Fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, *op. cit.*, p. 47. También véase, Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho internacional...*, *cit.*, p. 246.

En este sentido, el Estado responsable debe tratar de subsanar todas las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad habría existido de no haberse cometido tal hecho, ofreciendo una o más de las tres formas de reparación del perjuicio previstas en el Proyecto de la CDI de 2001, a saber, la restitución (artículo 35), la indemnización (artículo 36) y la satisfacción (artículo 37).

La primera forma de reparación es la restitución que implica el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la situación que existía antes de la comisión del hecho internacionalmente ilícito, en la medida en que se pueda considerar que los cambios que se han producido en esa situación han sido causados por el hecho ilícito. Así, por ejemplo, los posibles modos de restitución podrían suponer la liberación de personas detenidas ilícitamente o la devolución de bienes ilícitamente confiscados.⁵⁵¹

La indemnización debe cubrir todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante, en la medida en que éste sea comprobado.⁵⁵² De las distintas formas de reparación del perjuicio, la indemnización es quizá la forma más solicitada en la práctica internacional. En el asunto relativo al *Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros*, por ejemplo, la CIJ declaró que “es una norma firmemente establecida de Derecho internacional que el Estado lesionado tiene derecho a obtener una indemnización del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito por

⁵⁵¹ El concepto de restitución no está definido de manera uniforme. Según una definición, la restitución consiste en restablecer el *statu quo ante*, a saber, la situación que existía con anterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito. De acuerdo con otra definición, la restitución es el establecimiento o restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido el hecho ilícito. La primera definición es la definición estricta, no abarca la compensación que puede deberse a la parte lesionada por la pérdida sufrida, por ejemplo, por la privación de uso de los bienes retenidos ilícitamente pero ulteriormente devueltos. La segunda definición, en cambio, subsume en el concepto de restitución otros elementos de reparación íntegra y tiende a refundir la restitución como forma de reparación en la propia obligación básica a reparar. El artículo 35 adopta la definición más estricta que tiene la ventaja de centrarse en la evolución de una situación de hecho y de no exigir una indagación hipotética en lo que habría sido la situación si no se hubiera cometido el hecho ilícito. En este sentido estricto, la restitución puede, por supuesto, realizarse mediante indemnización a fin de asegurar la íntegra reparación del daño causado, como lo establece el artículo 36 del Proyecto de la CDI de 2001. *Cf.* comentario al artículo 35, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, p. 252.

⁵⁵² La evaluación financiera tiene por objeto excluir la indemnización de lo que, en ocasiones, se denomina daño moral a un Estado, es decir, el perjuicio causado por una violación de derechos con independencia de un daño real a las personas o a los bienes, que se repara mediante la satisfacción, prevista en el artículo 37 del Proyecto de la CDI de 2001.

el daño causado por ese hecho”.⁵⁵³ Asimismo, la CPJI en el asunto de la *Fábrica de Chorzów* mencionó que “es un principio del Derecho internacional que la reparación de un daño puede consistir en una indemnización”.⁵⁵⁴ La relación entre la indemnización y la restitución queda clara en virtud del artículo 36.1 del Proyecto de la CDI de 2001 que prevé que “el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución”. Por tal motivo, la función de la indemnización es colmar las posibles lagunas a fin de lograr la íntegra reparación del daño sufrido.⁵⁵⁵ Por último, la tercera forma de reparación es la satisfacción, la cual puede consistir en un reconocimiento de la infracción, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Asimismo, la satisfacción no debe ser desproporcionada con relación al perjuicio y no adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Cabe subrayar que la obligación general de reparar el perjuicio se formula como consecuencia inmediata de la responsabilidad del Estado, es decir, como una obligación del Estado responsable resultante de la violación de la norma internacional, más que como un derecho del Estado o Estados lesionados. Esta formulación evita las dificultades que podrían surgir cuando se tiene al mismo tiempo la misma obligación para con varios Estados, o para con todos ellos, de los cuales sólo unos cuantos han sido afectados por la violación de una norma internacional.

Por último, debemos señalar que el Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben (artículo 32 del Proyecto de la CDI de 2001). Sobre esta cuestión, el Proyecto de la CDI sigue la redacción del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual establece que “una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Este principio, no obstante, puede ser modificado por la norma primara pertinente, o por una *lex specialis*, como es el caso, por ejemplo, del artículo 41 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, que prevé que “si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Parte Contratante sólo

⁵⁵³ Cfr. párrafo 152, Sentencia de la CJI, *Gabčíkovo – Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia)*, del 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports*, 1997.

⁵⁵⁴ Cfr. Asunto *Fábrica de Chorzów (Alemania vs. Polonia)*, del 13 de septiembre de 1928, Publicaciones de la CPJI, serie A, núm. 17, p. 27.

⁵⁵⁵ Cfr. Comentario al artículo 35, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, p. 259.

permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada una satisfacción equitativa”.

III. EL ESTADO FRENTE A LA BIODIVERSIDAD

El proceso de evolución y desarrollo de las normas primarias relativas a las obligaciones de los Estados en materia de protección del medio ambiente no pueden dejar de desplegar un efecto reflejo en el terreno de la responsabilidad internacional de los Estados, pues ésta ha experimentado una clara expansión material, por ejemplo, ante situaciones de contaminación transfronteriza o los daños ambientales que se producen más allá de la jurisdicción nacional. Asimismo, los daños ambientales constituyen un atentado directo contra el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se sufre el impacto del mismo, no siendo, por tanto, aplicables las exigencias de la condición de nacionalidad de los afectados ni del agotamiento previo de los recursos internos para poder entablar una reclamación frente al Estado responsable.⁵⁵⁶

Algunos tratados internacionales sectoriales regulan, entre otras cuestiones, sistemas de responsabilidad internacional del Estado por daños ambientales. Estos tratados, que son normas primarias en materia ambiental, no excluyen la consideración de sus responsabilidades de acuerdo con el derecho internacional.⁵⁵⁷ Un claro ejemplo lo encontramos en la Convención

⁵⁵⁶ Cfr. Orrego Vicuña, F., “State responsibility, liability and remedial measures under international law: New criteria for environmental protection”, en Brown Weiss, Edith (ed.), *Environmental Change and International Law, new Challenges and dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 131.

⁵⁵⁷ Por ejemplo: 1) Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias de 1972, que su artículo 15 prevé “de conformidad con los principios del Derecho internacional relativos a la responsabilidad de los Estados por los daños causados al medio ambiente de otros Estados o a cualquier otra zona del medio ambiente, las Partes Contratantes se comprometen a elaborar procedimientos relativos a la responsabilidad por vertimiento o incineración en el mar de desechos u otras materias”; 2) Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1989), artículo 12 que dice: “las Partes cooperarán con miras a adoptar cuanto antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos”; 3) Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991), artículo 16 que cita “de conformidad con los objetivos de este Protocolo para la protección global del medio ambiente antártico y de los ecosistemas dependientes y asociados, las Partes se comprometen a elaborar normas y procedimientos relacionados con la responsabilidad derivada de daños provocados por actividades que se desarrollen en el área del Tratado Antártico y cubiertas por este Protocolo”, entre otros.

de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 235 prevé que: “1. Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el derecho internacional”.

Además, el mismo artículo establece que los Estados deben asegurar que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción y, que los Estados deben cooperar en la aplicación del derecho internacional y en el desarrollo de las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños, así como su indemnización y solución de las controversias conexas.

Otro ejemplo, aunque sin fuerza obligatoria, es el artículo 13 de la Declaración de Río, por el cual, los Estados se comprometieron a desarrollar en sus legislaciones nacionales normas relativas a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, además de cooperar en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre la materia.

El problema de la responsabilidad por daños ambientales presenta dos dificultades importantes. La primera consiste en determinar si un Estado es responsable de aquellas actividades susceptibles de afectar a un recurso natural compartido, que llevadas a cabo u originadas en su territorio producen efectos perjudiciales más allá de las fronteras en el territorio de otro u otros Estados. Y la segunda es que una vez determinada la responsabilidad será preciso saber qué principios jurídicos son aplicables en relación con el perjuicio causado.⁵⁵⁸

Precisamente para evitar estos problemas, la obligación de prevención es esencial. Por ejemplo, con relación al deber de prevención de la contaminación, l’Institut de Droit International en su sesión de Atenas de 1979, señaló que:

In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and without prejudice to their contractual obligations, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the Waters of international Rivers ad lakes beyond their boundaries.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Marín López, A., *La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo*, Madrid, Beramar, 1995, p. 284.

⁵⁵⁹ *Cfr.* Artículo 2o., “The pollution of rivers and lakes and International Law”, *Institute of International Law, Yearbook*, Session of Athens 1979, vol. 58, part II, pp. 197-203.

A la vista de todo ello, se observa que no hay más que un compromiso para los Estados de hacerse responsables de los hechos ilícitos cometidos por ellos, lo que ya estaba establecido por numerosos convenios internacionales en el ámbito del medio ambiente.⁵⁶⁰ Además, como advierte Ballarino, si el Estado incurre en responsabilidad por incumplimiento de las normas medioambientales, ello no quiere decir que se excluya la responsabilidad de las personas privadas ante la justicia. De ahí que el fenómeno de la responsabilidad civil esté acompañado de la responsabilidad internacional del Estado en multitud de materias, bien que responda éste a título principal, o bien lo haga a título subsidiario a falta de persona privada que garantice la indemnización adecuada.⁵⁶¹

Por último, cabe mencionar que la CDI incluyó en su programa de trabajo de 1978 la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Los informes que posteriormente recibió la CDI tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema. Los grupos de trabajo presentaron, en 1996, un informe que ofrecía un cuadro completo del tema en relación con el principio de prevención y el de la responsabilidad por la indemnización u otra reparación.⁵⁶² Al año siguiente, los grupos de trabajo convinieron, no obstante, que las cuestiones de prevención y de responsabilidad deberían tratarse por separado. En consecuencia, la CDI decidió proseguir su labor por separado y, en 2001, aprobó el texto definitivo del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.⁵⁶³ Este proyecto de artículos trata el concepto de prevención en el contexto de la autorización y reglamentación de las actividades peligrosas que entrañan un riesgo importante de daño transfronterizo.⁵⁶⁴ La prevención en este sentido, como procedimiento o como

⁵⁶⁰ Cfr. Marín López, A., *La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo*, cit., p. 256.

⁵⁶¹ Cfr. Ballarino, T., “Questions de Droit international privé et dommages catastrophiques”, *Recueil des cours, Académie de Droit international de La Haye*, vol. 220, 1990-I, p. 340.

⁵⁶² Cfr. párrafo 84, capítulo V, “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, del 21 de septiembre de 2001, AGNU, 56o. periodo de sesiones, 23 de abril - 1o. de junio y 2 de julio - 10 de agosto de 2001, Suplemento núm. 10 (A/56/10), p. 407.

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 410-417.

⁵⁶⁴ El artículo 1o. del Proyecto de Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas prevé que este Proyecto se aplicará a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. Este artículo se complementa con el artículo 2o. inciso d, que limita el alcance del proyecto a las actividades realizadas en el territorio de un Estado o en

obligación, se refiere a la fase anterior a la situación en que ya se ha producido efectivamente un daño o un perjuicio sensible que requiere que los Estados interesados apliquen medidas correctivas o de indemnización, y que a menudo comprende cuestiones relativas a la responsabilidad.⁵⁶⁵ Así, la prevención del daño transfronterizo dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que se hace hincapié en el principio 2 de la Declaración de Río, y que la CIJ confirmó en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso o de la amenaza del uso de armas nucleares de 1996, al declarar que ya formaba parte del *corpus* de normas de derecho internacional.⁵⁶⁶

Este tipo de responsabilidad internacional objetiva ha sido proclamada en diversos tratados relativos a la responsabilidad civil por daños ambientales, como por ejemplo, en el uso de la energía nuclear⁵⁶⁷ o la contaminación del mar por hidrocarburos.⁵⁶⁸

otros lugares sujetos a su jurisdicción. Dentro de esta categoría, se podrían prever distintos tipos de actividades. Por ejemplo, como prevé el artículo 1o., toda actividad peligrosa, y por deducción, toda actividad extremadamente peligrosa que entrañe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Una actividad extremadamente peligrosas es aquella que entraña un riesgo que sólo rara vez se materializará pero que, cuando ello ocurra, tal vez alcance proporciones graves.

⁵⁶⁵ El Grupo de Expertos en derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo tuvo razón al destacar la cuestión de la prevención. El artículo 10 recomendado por este grupo, con respecto a los recursos naturales y transfronterizos y a las repercusiones en el medio ambiente, citaba: "...los Estados impedirán o reducirán toda consecuencia transfronteriza para el medio ambiente o todo peligro significativo derivado de ella que cause un daño importante, es decir, un daño que no sea menor o insignificante". *Cfr. Environmental Protection and Sustainable Development – Legal Principles and Recommendations*, aprobado por el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp5.pdf>, 19 de octubre de 2011, p. 418.

⁵⁶⁶ *Cfr.* párrafo 29, p. 20. Opinión consultiva sobre la *Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*, del 8 de julio de 1996, ICJ, *Reports* 1996, p. 226, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, 22 de febrero de 2012.

⁵⁶⁷ Por ejemplo: el Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, bajo los auspicios de la Agencia de Energía Nuclear de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE-NEA, de 1960, modificado en 1964, 1982 y 2004), o el Convenio de Viena, sobre responsabilidad civil por daños nucleares, bajo los auspicios del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA, 1963, modificado en 1997).

⁵⁶⁸ Por ejemplo: el Convenio de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969); el Convenio de Bruselas de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (1971); el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos (1977).

1. *La obligación de proteger la biodiversidad: ¿obligación erga omnes?*

El Convenio sobre la Diversidad Biológica impone a los Estados partes tres obligaciones muy concretas. La primera, es el establecimiento de áreas protegidas para conservar la diversidad biológica *in situ* para promover un desarrollo ambiental adecuado en las zonas adyacentes a dichas áreas (artículo 8o.). La segunda, conservar *ex situ* los componentes de la diversidad biológica (artículo 9o.). Y la tercera, impone a los Estados la obligación de facilitar a otras partes contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas (artículo 15). Sin embargo, hay que subrayar que el uso casi sistemático en el convenio de la fórmula “en la medida de lo posible y según proceda”, al inicio de sus disposiciones,⁵⁶⁹ ha sido muy criticado, pues parece debilitar las obligaciones contraídas en el mismo.⁵⁷⁰ No obstante, el debate sobre la naturaleza de estas obligaciones se ha centrado en torno a la posibilidad de calificarlas como obligaciones *erga omnes* y de definir sus consecuencias jurídicas a la luz del concepto de autotutela colectiva.⁵⁷¹

Para definir las obligaciones *erga omnes* hay que referirse a la sentencia de 1968 de la CIJ en el asunto *Barcelona Traction*. En este asunto, la Corte señaló que debía hacerse una distinción entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto, y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su naturaleza, señaló el tribunal, las obligaciones *erga omnes* conciernen a todos los Estados ya que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección.⁵⁷² En este sentido, la resolución de l’Institut de Droit International de 2005 calificó las obligaciones *erga omnes* como obligaciones que vinculan a todos los su-

⁵⁶⁹ Cfr. artículos 5o., 6o., inciso b, 7o., 8o., 9o., 10, 11, 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁵⁷⁰ Boyle, A., “The Rio Convention on Biological Diversity”, en Bowman, Michael y Redgwell, Catherine (ed.), *International law and the conservation of biological diversity*, La maya, Kluwer Law International, 1996, p. 49.

⁵⁷¹ Cfr. Tams, C., *Enforcing obligations Erga Omnes in International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 99-102; Charney, J., “Third State Remedies in International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, 1989, pp. 57 y ss., http://ezproxy.si.unav.es:2605/HOL/Page?handle=hein.journals/mjil10&div=19&collection=journals&set_as_cursor=29&men_tab=srchresults, 26 de enero de 2012. Frowein, J., “Obligations erga omnes”, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2006, www.mpepil.com/subscriber_article?script=yes&id=/epil/entries/law-9780119231690-e1400&recno=6&author=Frowein=Jochen=A, 26 de enero de 2012.

⁵⁷² Cfr. párrafo 33, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32; Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, cit., p. 117.

jetos de derecho internacional para proteger los valores fundamentales de la comunidad internacional. Y sobre la base del consenso mencionó como obligaciones de alcance general la prohibición de agresión y de genocidio, la protección de los derechos humanos, la autodeterminación de los pueblos y la tutela del medio ambiente de los espacios comunes.⁵⁷³

En el ámbito de la biodiversidad, resulta importante preguntarse si las obligaciones derivadas del CDB pueden clasificarse como obligaciones *erga omnes*, en consideración a que su finalidad consiste en proteger el interés común de toda la humanidad. A este respecto, Crawford señaló que al delimitar el concepto de Estado lesionado a los efectos de la responsabilidad, el problema básico que se plantea se refiere ciertamente a las obligaciones multilaterales. El relator especial agregó que "...se trata de obligaciones que se tienen no a título individual con un determinado Estado, sino con un colectivo, un grupo de Estados, o incluso la comunidad internacional en general".⁵⁷⁴ No obstante, añadió que puede resultar útil reconocer la existencia de algunas otras subcategorías o tipos de obligaciones multilaterales, en las que cabría distinguir dos supuestos.⁵⁷⁵ El primero señala las obligaciones *erga omnes* que se tienen con la comunidad internacional en general, por la cual todos los Estados tienen un interés legítimo en que se cumpla la obligación. Los casos básicos de este tipo de obligaciones son los correspondientes a obligaciones indeclinables de carácter general que dimanen directamente del derecho internacional general o de tratados multilaterales de aceptación generalizada y más allá de los Estados firmantes, como por ejemplo, en materia de derechos humanos.

Como segundo supuesto, Crawford mencionó explícitamente las obligaciones en materia de biodiversidad. Se refirió a las obligaciones *erga omnes partes*, contraídas con todas las partes en un determinado régimen, en cuya conservación y aplicación todos los Estados partes tienen un interés legítimo común.

Por último, el relator especial mencionó a las obligaciones en las que son partes algunos Estados, pero respecto de las cuales se reconoce que tienen un interés legítimo determinados Estados o grupos de Estados. En el caso de las obligaciones multilaterales, con independencia de que sean o no

⁵⁷³ Cfr. Gaja, G. (relator), "Obligations and Rights *Erga Omnes* in International Law", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 71-I, 2005, pp. 117-151. Sobre las obligaciones *erga omnes* véase, por ejemplo, Ragazzi, M., *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 2000.

⁵⁷⁴ Cfr. Crawford, J., "Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados", A/CN.4/507, del 15 de marzo de 2000, párrafo 106, p. 50.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 50.

sean obligaciones *erga omnes*, puede ocurrir que se reconozca que determinados Estados o grupos de Estados tienen un interés legítimo especial en el cumplimiento. Este interés legítimo estaría relacionado con la interpretación o aplicación de las normas primarias pertinentes.⁵⁷⁶

Asimismo, Pavoni menciona que las obligaciones de protección de la diversidad biológica se han vuelto tan importantes que es posible considerarlas como obligaciones *erga omnes stricto sensu*.⁵⁷⁷ Sin duda, las obligaciones que vinculan a las partes del CDB pueden ser interpretadas a la luz del concepto del “interés común de la humanidad”. No obstante, advierte Pavoni que en el estado actual del derecho internacional, la falta de unanimidad en las opiniones doctrinales acerca de la existencia de normas generales en materia de biodiversidad, y en su caso, el rango de tales normas, sugiere que debemos tener prudencia y subraya la conveniencia de evaluar su naturaleza caso por caso.⁵⁷⁸

2. *La responsabilidad internacional del Estado en el régimen del Convenio sobre la Diversidad Biológica*

El Convenio sobre la Diversidad Biológica no prevé ningún régimen especial de responsabilidad internacional ante el incumplimiento del Convenio. Por tanto, resultará aplicable el Proyecto de la CDI de 2001 que establece el marco general de reglas y principios aplicables cuando se incumpla el derecho internacional vigente.

La atribución de un comportamiento a un Estado está relacionada con determinar quién se encuentra facultado para invocar la responsabilidad internacional. En este sentido, el Proyecto de la CDI de 2001 prevé dos supuestos. El primero se encuentra en su artículo 42 que faculta al Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe en relación con ese Estado individualmente, o bien en relación con un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o en relación con la comunidad internacional en su conjunto, pero siempre y cuando la violación le afecte especialmente a ese Estado lesionado, es decir, que la violación sea de tal índole que modifique radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

⁵⁷⁷ Pavoni, R., *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 29 y ss.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 30.

de ésta. El segundo supuesto lo prevé el artículo 48.1, inciso *b* del citado proyecto, que prevé la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado, cuando la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

El Estado lesionado, en el sentido del artículo 42, tiene derecho a recurrir a todos los medios de reparación previstos en el citado proyecto. Además, la situación del Estado lesionado debe distinguirse de la de cualquier otro Estado que pueda tener derecho a invocar la responsabilidad, por ejemplo, con arreglo al artículo 48 que se refiere al derecho a invocar la responsabilidad en relación con un interés general compartido.⁵⁷⁹ Además, la segunda parte del artículo 48 alude a las obligaciones *erga omnes* reconocidas por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction*, y que la CDI quiso poner en práctica al regularlas, argumentando que dicho precepto “se basa en la idea de que en los casos de violación de las obligaciones específicas que protegen los intereses colectivos de un grupo de Estados (*erga omnes partes*) o los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, pueden invocar la responsabilidad Estados, aunque no sean Estados lesionados (*erga omnes*) en el sentido del artículo 42”.⁵⁸⁰

El relator especial Crawford, en su comentario al proyecto de la CDI de 2001, explicó que los Estados que invocan la responsabilidad en virtud del artículo 48 no actúan a título individual por haber sufrido un perjuicio, sino en interés colectivo, en su calidad de miembros del grupo de los Estados en relación con los cuales existe la obligación. Además, continuó el relator especial, el proyecto reconoce a todos los Estados un interés jurídico sobre el cumplimiento de las obligaciones que existen frente a la comunidad internacional, y que esencialmente, protegen derechos inderogables.⁵⁸¹

Por lo que respecta a la reparación, está claro que sería difícil exigir una reparación íntegra, en forma de restitución del perjuicio causado, si el daño o la pérdida de diversidad biológica fueran irreparables.⁵⁸² En este caso, la indemnización resulta problemática, pues, como ya advirtió Crawford, los daños causados a la biodiversidad o a otros valores ecológicos “no son, en

⁵⁷⁹ *Cfr.* Comentario al artículo 42, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53o. periodo de sesiones, 2001, *cit.*, p. 320.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, Comentario al artículo 48, pp. 349 y ss.

⁵⁸¹ Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, *cit.*, pp. 324 y ss.

⁵⁸² *Cfr.* Artículos 34-36, del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI (A/56/10) y anexado por la Resolución de la AGNU 56/83, del 12 de diciembre de 2001.

principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”.⁵⁸³

Para dar mayor impulso al CDB, especialmente a la participación de los beneficios que se deriven de la utilización de recursos genéticos,⁵⁸⁴ en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, se hizo un llamamiento para negociar, dentro del marco del CDB, un régimen que promoviera y salvaguardara la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos. Así, la Conferencia de las Partes del Convenio de 2004 encomendó al grupo de trabajo especial que elaborase y negociase un régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y de participación en los beneficios. Este encargo culminó con la redacción del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios, el cual estudiaremos en el apartado 3.4 de este capítulo. Sin embargo, conviene tener presente previamente el Procedimiento de no cumplimiento que prevé el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad que fue ideado como un mecanismo autónomo de promoción del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en dicho protocolo.

3. *El procedimiento de no cumplimiento en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología*

Los acuerdos ambientales multilaterales celebrados en los últimos años contemplan, por lo general, el establecimiento de mecanismos de control. El elemento característico de estos mecanismos es el denominado “procedimiento de no cumplimiento”, también conocido por su término en inglés como *non-compliance procedure*, que complementan los informes periódicos de los Estados, que son el mecanismo de control sistemático, y también un mecanismo de carácter incidental o *ad hoc*.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Crawford, J., *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional del Estado*, cit., p. 268.

⁵⁸⁴ Los otros dos objetivos son la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes. Cfr. Artículo 1o. del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁵⁸⁵ Sobre los mecanismos de control véase, por ejemplo, Urbinati, S., *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 35-94. Fitzmaurice, M. A. y Redgwell, C., “Environmental non-compliance procedures and international law”, *Netherlands yearbook of International Law*, Sijthoff, Leyden, vol. 31 (2000), pp. 35-65.

Sobre esta base, e inspirándose en el modelo que proporciona el procedimiento en caso de incumplimiento del Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, del 16 de septiembre de 1987, la primera reunión de las partes en el Protocolo de Cartagena adoptó un procedimiento de no cumplimiento, en la Decisión BS-I/7 de 2004, ideado como mecanismo autónomo de promoción del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el Protocolo.⁵⁸⁶ Las funciones asistenciales, inherentes a dicho mecanismo, han sido encomendadas a un órgano subsidiario de la Reunión de las partes.

Este procedimiento de no cumplimiento tiene como objetivo "...promover el cumplimiento de las disposiciones del Protocolo, atender los casos de incumplimiento por las Partes y asesorar o prestar asistencia a las Partes, según proceda".⁵⁸⁷ El procedimiento pretende ser de naturaleza simple, facilitadora y de carácter cooperativo, no contencioso y se rige por los principios de transparencia, equidad, rapidez y previsibilidad.

Este procedimiento se inicia, de conformidad con el punto IV del Procedimiento y Mecanismo, cuando el Comité de Cumplimiento recibe, por conducto de la Secretaría, las notificaciones relacionadas con el cumplimiento de cualquier parte en relación con el protocolo, o bien, por medio de queja o denuncia de cualquier parte que esté afectada o que pudiera estar afectada, en relación con otra parte.⁵⁸⁸ Sin embargo, la Secretaría no goza de legitimación activa para invocar este procedimiento.

Asimismo, cabe mencionar que el Comité de Cumplimiento puede negarse a considerar cualquier notificación mal fundada, teniendo en cuenta los objetivos del Protocolo de Cartagena.⁵⁸⁹

A. *Las medidas para promover el cumplimiento*

El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena faculta al Comité de Cumplimiento y, en su caso, a la Conferencia de las Partes que actúe como reunión de las partes en el protocolo a propuesta del comité. Asimismo, está facultado para adoptar las medidas que estime nece-

⁵⁸⁶ Decisión BS-I/7, "Establecimiento de procedimientos y mecanismos de cumplimiento en virtud del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología" (Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15, del 14 de abril de 2004), p. 110.

⁵⁸⁷ *Cfr.* punto I.1 del Anexo "Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento en el marco del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología", p. 111.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, punto IV.1, p. 112.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 113.

sarias para promover el cumplimiento y estudie los casos de incumplimiento del citado protocolo.

La sección VI del texto regulador establece, con carácter general, una partición de responsabilidades entre el Comité de Cumplimiento y la Conferencia de las Partes. Al primero, es decir, al Comité de Cumplimiento, le corresponde adoptar las medidas relativas a la promoción del cumplimiento del protocolo, que pueden ser muy variadas, como por ejemplo: 1) asesora a las partes del protocolo; 2) formula recomendaciones a la Conferencia de las Partes respecto de la prestación de asistencia financiera o técnica, la transferencia de tecnología, la capacitación y otras medidas relativas a la creación de capacidad; 3) pide o presta ayuda, según proceda, a las partes del protocolo para elaborar un plan de acción para el cumplimiento del mismo, y 4) puede invitar a las partes para que presenten informes al Comité sobre los progresos realizados respecto de las actividades emprendidas para cumplir sus obligaciones en virtud del protocolo.⁵⁹⁰ En cambio, a la Conferencia de las Partes le corresponde adoptar las medidas relativas a los casos de incumplimiento, como por ejemplo: 1) presta a las partes asistencia financiera y técnica, transferir tecnología, capacitación y otras medidas de aumento de la capacidad; 2) emite una advertencia a la parte que esté incumpliendo el protocolo, y 3) pide al secretario ejecutivo que publique casos de incumplimiento en el Centro e intercambio de información sobre seguridad de la biotecnología.⁵⁹¹

A la hora de adoptar sus correspondientes medidas, tanto el Comité de Cumplimiento como la Conferencia de las Partes deben tomar en consideración la capacidad de cumplir de la parte de que se trate, especialmente las partes que son países en desarrollo. Pero, además, se deberá favorecer de modo especial a los Estados menos adelantados, a los Estados insulares pequeños y a los Estados con economías en transición.⁵⁹²

Como puede apreciarse, las medidas para promover el cumplimiento y tratar los casos de incumplimiento que se contemplan en el texto regulador son de naturaleza eminentemente asistencial. No obstante, ante la insistencia de Noruega, y más tarde también de la Unión Europea, se sugirieron además medidas de carácter sancionador que serían adoptadas por la Conferencia de las Partes.⁵⁹³

⁵⁹⁰ *Ibidem*, punto VI.1, p. 114.

⁵⁹¹ *Ibidem*, punto VI.2, p. 114.

⁵⁹² *Idem*.

⁵⁹³ Los países en vías de desarrollo, así como los países exportadores de OVM agrupados en el denominado Grupo de Miami se oponían a la posibilidad de que el procedimiento de incumplimiento pudiese terminar con la adopción de medidas sancionadoras por la Reunión

El compromiso finalmente alcanzado consistió en la aceptación de las medidas de emisión de advertencias y de publicación de los casos de incumplimiento, posponiéndose la decisión acerca de la suspensión de derechos y privilegios en casos de reincidencia en el incumplimiento. Ante la ausencia de cuestiones de cumplimiento sometidas al Comité de Cumplimiento, la Conferencia de las Partes decidió posponer su decisión a este respecto, sin que por el momento se haya tomado alguna decisión.⁵⁹⁴ Desde entonces, el Comité de Cumplimiento ha examinado la cuestión en varias ocasiones, con vistas a elevar una recomendación a la Conferencia de las Partes. Sin embargo, en la cuarta reunión de la Conferencia de las Partes se decidió posponer el estudio de la cuestión hasta el momento en que la experiencia pueda justificar la necesidad de especificar y adoptar tales medidas,⁵⁹⁵ sin que por el momento se haya adoptado medida alguna.⁵⁹⁶

En opinión del ex presidente del Comité de Cumplimiento, Koester, esta decisión de la Conferencia de las Partes probablemente implique poner la cuestión definitivamente sobre una vía muerta. En su opinión, cuando llegue el momento en que la experiencia pueda justificar la necesidad de especificar y adoptar tales medidas, esto es, cuando se presente una situa-

de las Partes. Por su parte, los países en desarrollo temían que, ante sus dificultades para cumplir efectivamente los compromisos asumidos, fuesen los principales candidatos a ser objeto de hipotéticas medidas sancionadoras en el marco del procedimiento de incumplimiento. En este sentido, condicionaban su aceptación de dichas medidas a un enfoque diferenciado: ante su falta de capacidad para cumplir plenamente, los países en desarrollo sólo habrían de ser objeto a lo sumo de medidas asistenciales, mientras que las posibles medidas sancionadoras debían ser reservadas exclusivamente para los países exportadores de OVM. Por otro lado, los países exportadores se oponían a la posibilidad de la adopción de sanciones como cuestión de principio. Sin embargo, no siendo partes en el protocolo, no disponían de voto en la primera sesión de la Reunión de las Partes. *Cfr.* Sagemuller, I., “Non-Compliance Procedures Under the Cartagena Protocol: A Wise Decision for a ‘Soft’ Approach?”, *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 200 y ss; Cardesa Salzmán, A., “El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología: ¿un mecanismo eficaz?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20, 2010, p. 12.

⁵⁹⁴ Decisión adoptada por la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Curitiba, Brasil, 13-17 de marzo de 2006. Decisión BS-III/1. (Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/3/15, Anexo), p. 38.

⁵⁹⁵ *Cfr.* párrafo 3, Informe del Comité de Cumplimiento, Decisión adoptada por la Cuarta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Bonn, Alemania, 12-16 de mayo de 2008. Decisión BS-IV/1 (Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, Anexo), p. 39.

⁵⁹⁶ Cardesa Salzmán, A., “El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología...”, *cit.*, p. 13.

ción de incumplimiento persistente de una o varias partes, la Conferencia de las Partes seguramente ya no decidirá *in abstracto*, sino en un contexto de controversia que dificultaría el logro del consenso necesario para enmendar el procedimiento.⁵⁹⁷

B. *El procedimiento de no cumplimiento: ¿un mecanismo eficaz?*

A diferencia de su principal referente, el Protocolo de Montreal, el procedimiento propio del Protocolo de Cartagena no está en condiciones de acreditar el mismo grado de eficacia que aquél. Desde la adopción de la Decisión BS-I/7 y la constitución del Comité de Cumplimiento, ninguna parte en el protocolo le ha sometido cuestión alguna de cumplimiento. De los informes de las reuniones del Comité de Cumplimiento se desprende que los únicos intentos de someter posibles incumplimientos al procedimiento han corrido a cargo de organizaciones no gubernamentales (ONG) acreditadas ante los órganos convencionales.⁵⁹⁸ Sin embargo, el comité no admitió a trámite dichas notificaciones sobre la base de la propia Decisión BS-I/7, que sólo le otorga competencia para examinar las cuestiones sometidas por las partes. De esta manera, los informes estatales transmitidos de conformidad con el artículo 33 del protocolo, no han contribuido al ejercicio de auténticas funciones de control internacional por el Comité de Cumplimiento y la Reunión de las Partes.

El Comité de Cumplimiento, viendo la situación de desuso en que se encontraba el mecanismo, recomendó a las partes, en su cuarta reunión, que presentaran sus observaciones y comentarios sobre la falta de sumisiones de cuestiones de cumplimiento.⁵⁹⁹ Así, la Reunión de las Partes se

⁵⁹⁷ Koester, V., “The Compliance Mechanism of the Cartagena Protocol on Biosafety: Development, Adoption, Content and First Years of Life”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, núm. 1, 2009, p. 87.

⁵⁹⁸ *Cfr.* Compilation of the Work of the Committee Concerning the Trigger Mechanism of the Compliance Procedures under the Protocol as Recorded in the Reports of its Previous Meetings. Note by the Executive Secretary. Doc. UNEP/CBD/BS/CC/7/2, del 4 de agosto de 2010, pp. 12-14.

⁵⁹⁹ *Cfr.* “Recommendations of the Compliance Committee for submission to the fourth Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Biosafety Protocol”, “Report of the Compliance Committee under The Cartagena Protocol on Biosafety on the Work of its Fourth Meeting”. Doc. UNEP/CBD/BS/CC/4/3, del 23 de noviembre de 2007, p. 8.

adentró a estudiar la solicitud del Comité, sin embargo, sólo envió sus sugerencias para mejorar la función de apoyo del Comité de Cumplimiento.⁶⁰⁰

Brasil y la Unión Europea coincidieron en sus respectivas observaciones dirigidas a la reunión de las partes en que la falta de recurso al procedimiento de no cumplimiento, especialmente por aquellas partes que se encuentran con dificultades para cumplir las obligaciones asumidas, estaría en gran medida originada por la incertidumbre acerca de los beneficios concretos que pudiesen obtener del Comité y de la Reunión de las Partes.⁶⁰¹ La UE, además, propuso añadir una competencia al Comité de Cumplimiento para que pudiera iniciar el procedimiento *ex officio* o, en su defecto, se otorgara legitimación activa a la Secretaría.⁶⁰²

Alguno de los factores que ha generado esta situación de desuso es que el Protocolo de Cartagena, al abordar los riesgos derivados de la utilización de la biotecnología, incide de forma significativa en la regulación jurídica de materias cubiertas por otros tratados internacionales, como es el caso de los acuerdos de la OMC en materia de comercio de mercancías. De esta manera, cabe preguntarse si el sistema de solución de diferencias de la OMC no constituye una alternativa más atractiva para las partes en el Protocolo de Cartagena para solventar posibles controversias sobre el cumplimiento de sus disposiciones.⁶⁰³

Entre las razones que explican por qué la OMC resulta más atractiva para la solución de las controversias, conviene recordar cómo en la elaboración del Protocolo de Cartagena se puso especial atención en configurar su contenido jurídico, en particular, el procedimiento de acuerdo fundamentado previo y la evaluación de los riesgos de forma compatible con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).⁶⁰⁴ En este sentido, el régimen jurídico del Protocolo de Cartagena relativo a los movimientos transfronterizos de organismos vivos modificados (OVM) es coincidente

⁶⁰⁰ Cfr. Decisión adoptada por la Cuarta Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica que actúa como Reunión de las Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Bonn, Alemania, 12-16 de mayo de 2008. Decisión BS-IV/1. Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/4/18, Anexo.

⁶⁰¹ Cfr. *Compilation of views on how the supportive role of the Compliance Committee could be improved*. Note by the Executive Secretary. Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/2/Add.1, del 4 de agosto de 2010.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 2.

⁶⁰³ Koester, V., "The Compliance Mechanism of the Cartagena Protocol on Biosafety...", *cit.*, p. 90.

⁶⁰⁴ Eggers, B. y Mackenzie, R., "The Cartagena Protocol on Biosafety", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, núm. 3, 2000, p. 539.

en sus rasgos esenciales con el régimen establecido en el Acuerdo MSF.⁶⁰⁵ Aun así, a la vista del contenido jurídico del Acuerdo MSF y del Protocolo de Cartagena, el principal punto de fricción entre ambos tratados se centra en torno a la aplicación del principio de precaución.⁶⁰⁶ Si bien es cierto que las disposiciones del Acuerdo MSF y del Protocolo de Cartagena relativas al principio de precaución tienen una misma estructura, existen diferencias entre ellos en relación con la naturaleza de la incertidumbre que sirve de presupuesto de la acción preventiva, y sobre todo, en relación con las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación del principio.⁶⁰⁷

Cabe recordar que el artículo 5.7 del Acuerdo MSF plantea, como supuesto desencadenante de la acción preventiva, la insuficiencia de los testimonios científicos, teniendo en cuenta la información pertinente de que disponga el Estado miembro. En el ámbito del Protocolo de Cartagena, en cambio, el supuesto desencadenante es sensiblemente más amplio, ya que consiste en la falta de información o de conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un OVM en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en un Estado, teniendo también en cuenta sus riesgos para la salud humana.

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas del supuesto desencadenante, el artículo 5.7 del Acuerdo MSF permite adoptar medidas provisionales. No obstante, el Estado que adopte dichas medidas tiene la obligación de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo, que deberá revisar posteriormente, una vez transcurrido un plazo razonable. En el ámbito del Protocolo de Cartagena, por su parte, el supuesto desencadenante no impedirá al Estado de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del OVM de que se trate (artículos 10.6 y 11.8). Esta decisión que puede implicar la prohibición de la importación (artículo 10.3, inciso b), tiene en principio carácter

⁶⁰⁵ Cabe recordar que este Acuerdo de la OMC fue adoptado para armonizar la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias en el contexto de la excepción general a la prohibición general de las restricciones cuantitativas a la importación y exportación que se contempla en el artículo XX, inciso b, del GATT respecto de las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. *Cfr.* punto 8 del preámbulo del Acuerdo MSF.

⁶⁰⁶ *Cfr.* Sindico, F., “La prohibición del comercio internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿un desafío a la Organización Mundial del Comercio?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 7, 2003, p. 16.

⁶⁰⁷ Stoll, P., “Controlling the Risks of Genetically Modified Organisms: The Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 10, 1999, pp. 114-117.

definitivo. No obstante, el Estado de importación puede revisar y modificar sus decisiones sobre la base de informaciones científicas nuevas acerca de los posibles efectos adversos de los OVM sobre la diversidad biológica y la salud humana, bien *motu proprio*, bien a instancia de una Parte de exportación o de un notificador (artículo 12).

En este sentido, la relación del Protocolo de Cartagena con otros tratados internacionales existentes en la materia, en particular, los acuerdos de la OMC, suponía uno de los aspectos más difíciles de consensuar en las negociaciones previas. Algunos países exportadores de productos agrícolas, como por ejemplo, el Grupo de Miami, abogaba por la inclusión de una disposición para que las partes en el Protocolo de Cartagena asumieran sus compromisos, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que les correspondieran de conformidad con los otros acuerdos internacionales existentes, haciendo así una clara referencia a los acuerdos de la OMC.⁶⁰⁸ De conformidad con esta propuesta, el Protocolo de Cartagena no afectaría al régimen establecido por los acuerdos multilaterales relativos al comercio de mercancías, quedando regulado, por consiguiente, la cuestión de la precaución y su cumplimiento al amparo de los acuerdos comerciales. Este planteamiento no fue aceptado por la entonces Comunidad Europea y sus Estados miembros, ni por el denominado grupo de países de espíritus afines, es decir, el G-77, excepto Argentina, Chile y Uruguay, integrados en el Grupo de Miami.⁶⁰⁹ Finalmente, la relación del Protocolo con otros acuerdos internacionales se solucionó en su preámbulo, tomando como referencia la solución adoptada en el marco del Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo.⁶¹⁰ El preámbulo del Protocolo de Cartagena recoge, por tanto, una formulación de compromiso sumamente ambigua en que las partes reconocen, con carácter general, que los acuerdos relativos al comercio y al medio ambiente deben apoyarse mutuamente con miras a lograr el desarrollo sostenible, y que el protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya existentes. Dicho preámbulo matiza, no obstante, que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el Protocolo de Cartagena a otros acuerdos internacionales.⁶¹¹

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 86 y ss.

⁶⁰⁹ Eggers, B. y Mackenzie, R., "The Cartagena Protocol on Biosafety", *cit.*, p. 534.

⁶¹⁰ Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional.

⁶¹¹ *Cfr.* párrafo noveno a undécimo del preámbulo del Protocolo de Cartagena.

La imprecisión del protocolo a la hora de clarificar este aspecto hace necesario el recurso a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, relativa a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

Contemplados desde esta perspectiva, las disposiciones del preámbulo del Protocolo de Cartagena parecerían tener por objeto evitar la sumisión recíproca entre el Protocolo de Cartagena y los acuerdos de la OMC, excluyendo por consiguiente la aplicación del artículo 30.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativa a la efectividad de la *lex specialis* sobre la general.⁶¹² Por otro lado, el hecho de que no todas las partes en los acuerdos de la OMC son, a su vez, partes en el Protocolo de Cartagena conduce a la aplicación del artículo 30.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud del cual en las relaciones entre las partes en ambos tratados, el tratado anterior, no terminado ni suspendido en su aplicación, se aplica únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior (artículo 30.4, inciso *a*), mientras que en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes (artículo 30.4, inciso *b*).

En el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, la única vía que parece ofrecerse para la aplicación de normas de derecho internacional viene dada por el recurso a las normas de interpretación del derecho internacional público con el fin de aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos (artículo 3.2 del Entendimiento de Solución de Diferencias, ESD). En este ámbito, operando como principio de integración sistémica, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que deberá tenerse en cuenta, junto con el contexto del tratado, toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.⁶¹³

En la práctica de la OMC, el Grupo Especial que elaboró los informes relativos al asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, tuvo ocasión de abordar tangencialmente la cuestión desde la perspectiva que impone el mandato de los grupos especiales, caracterizado por la restricción del derecho aplicable para la solución de las diferencias a los acuerdos abarcados por el ESD relativo a las

⁶¹² Cfr. Sindico, F., “La prohibición del comercio internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología...”, *cit.*, p. 22.

⁶¹³ Cardesa Salzmán, A., “El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología...”, *cit.*, p. 24.

normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.⁶¹⁴ En este asunto, las Comunidades Europeas solicitaron que el Grupo Especial tuviese en cuenta tanto el Convenio sobre la Diversidad Biológica como el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología a la hora de cumplir con su mandato.⁶¹⁵ En particular, las Comunidades Europeas alegaban que:

...hay amplios fundamentos para sustentar la tesis de que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología y el Acuerdo MSF (así como el Acuerdo OTC y el GATT de 1994) están tan estrechamente relacionados que se deberían interpretar y aplicar de forma que sean compatibles entre sí, en la medida en que ello sea posible (como ocurre en la presente diferencia). Las Comunidades Europeas indican a este respecto que no existe incompatibilidad *a priori* entre los Acuerdos de la OMC (el Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994) y el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología; que son instrumentos complementarios; y que las disposiciones del Protocolo sobre la precaución y la evaluación del riesgo informan el sentido y el efecto de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC.⁶¹⁶

Frente a las alegaciones de las Comunidades Europeas, en aparente contradicción con el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – camarones*,⁶¹⁷ el Grupo Especial pareció inclinarse por una interpretación estricta del artículo 31.3, inciso c, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud del cual:

...las normas de Derecho internacional aplicables en las relaciones entre “las partes” son las normas de Derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados que hayan consentido en obligarse por el tratado que se esté interpretando, y con respecto a los cuales ese tratado esté en vigor....⁶¹⁸

⁶¹⁴ Los acuerdos abarcados son los acuerdos enumerados en el apéndice 1 del ESD, entre ellos el Acuerdo MSF.

⁶¹⁵ Cfr. párrafo 7.53, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006.

⁶¹⁶ Cfr. párrafo 7.55, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006.

⁶¹⁷ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, del 12 de octubre de 1998.

⁶¹⁸ Cfr. párrafo 7.68, Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS/293/R, del 29 de septiembre de 2006.

Con ello, el Grupo Especial no sólo clarificó la interpretación que hace del artículo 31.3, inciso *c*, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino que realizó una estricta aplicación del artículo 30.4, inciso *b*, de la citada convención. No obstante, el razonamiento seguido por el Grupo Especial trasciende del estricto ámbito de esta diferencia, afirmando, a la vez, el carácter de regla general de la disposición contenida en el artículo 30.4, inciso *b*, para la toma en consideración de normas pertinentes de derecho internacional que emanan de tratados internacionales posteriores a los acuerdos abarcados, y en los que no son parte todos los Estados miembros de la OMC. En este supuesto, el derecho aplicable se reduce a los acuerdos abarcados. Al mismo tiempo, el Grupo Especial prestó particular atención en circunscribir los efectos de su razonamiento al asunto, al señalar que:

...este caso no es uno en el que normas pertinentes de Derecho internacional sean aplicables en las relaciones entre todas las partes en la diferencia, pero no entre todos los Estados Miembros de la OMC, ni en el que todas las partes en la diferencia aduzcan que un Acuerdo multilateral de la OMC debe interpretarse a la luz de esas otras normas de derecho internacional.⁶¹⁹

Y, en consecuencia, concluyó: "...no es necesario que adoptemos, y no adoptamos, una posición sobre si en una situación de esa índole estaríamos facultados para tener en cuenta otras normas pertinentes de Derecho internacional".⁶²⁰

A tenor de esta afirmación, cabría entender que el Grupo Especial quiso dejar entreabierta la puerta para tomar en consideración las disposiciones relevantes del Protocolo de Cartagena en la interpretación de los acuerdos abarcados en el marco de futuras diferencias que le puedan ser sometidas. A priori, cabría pensar que los Estados miembros de la OMC que sean a su vez partes en el Protocolo de Cartagena deberán presentar las posibles diferencias relativas a los movimientos transfronterizos de OVM en el marco del procedimiento de no cumplimiento del protocolo, sin necesidad de recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC. No obstante, las deficiencias estructurales a las que se ha hecho referencia podrían propiciar que las partes en el protocolo contemplaran el recurso al Órgano de Solución de Diferencia como una opción más eficaz.⁶²¹

⁶¹⁹ *Ibidem*, párrafo 7.72.

⁶²⁰ *Idem*.

⁶²¹ Cardesa Salzmann, A., "El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología...", *cit.*, p. 27.

4. *El Protocolo de Nagoya*

El 29 de octubre de 2010, durante la décima reunión de la Conferencia de las Partes del CDB, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización. Es un acuerdo complementario al CDB.⁶²² Este protocolo pretende impulsar notablemente la participación justa y equitativa de los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, ya que proporciona una base sólida para una mayor certeza y transparencia jurídicas tanto para los proveedores como para los usuarios de tales recursos.

El objetivo de este protocolo es asegurar:

la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, inclusive por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, tomando en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes (artículo 1 del Protocolo de Nagoya).

El Protocolo prevé fortalecer el cumplimiento de las normas nacionales de acceso de los países proveedores de recursos genéticos mediante la exigencia de medidas de cumplimiento y seguimiento en los terceros países donde se utilicen dichos recursos genéticos. Ello permitirá lograr una mayor transparencia en los sectores que utilizan recursos genéticos y una transferencia más fluida y constante de los beneficios a los países proveedores con la consecuente mejora de la conservación la biodiversidad. Se trata, por tanto, de un instrumento de gran valor para conseguir ingresos e incentivos para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, la reducción de la pobreza y la sostenibilidad ambiental, que contribuye, por consiguiente, a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

El Protocolo de Nagoya pretende ahondar en la transparencia, en las reglas y procedimientos justos y en la conservación del medio ambiente, con la biodiversidad como eje primordial, especialmente en aquellas comuni-

⁶²² Doc. UNEP/CBD/COP/10/L.43/Rev.1 del 29 de octubre de 2010. Este protocolo aún no entra en vigor. De conformidad con el artículo 33 del mismo protocolo, éste entrará en vigor el nonagésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quincuagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados u organizaciones regionales de integración económica que sean partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Se espera que entre en vigor en 2012.

dades que se pueden ver afectadas por la explotación y uso de los recursos genéticos.⁶²³

Cabe subrayar que el Protocolo de Nagoya mantiene el enfoque del CDB en lo que respecta al acceso y distribución de beneficios, con base en los principios de consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas (artículo 6o.). No obstante, en el desarrollo de estos principios, el Protocolo de Nagoya contiene innovaciones considerables. En el CDB, la distribución justa y equitativa de beneficios ya constituye una obligación en sí. En cambio, en el Protocolo de Nagoya, el acceso y la distribución de beneficios parecen estar presentados en un proceso paso por paso. El acceso se basa en consentimiento fundamentado previo y condiciones mutuamente acordadas (artículo 5o. del Protocolo de Nagoya). Dichas condiciones, por tanto, garantizan la consiguiente distribución de beneficios de manera justa y equitativa. Además, en el Protocolo de Nagoya, la necesidad de compartir los beneficios derivados del uso de recursos genéticos parece haberse separado del acceso a dichos recursos. La distribución justa y equitativa de beneficios debe realizarse sobre la base de condiciones mutuamente acordadas, pero no está claro si dicha distribución requiere o sólo se efectúa consiguientemente a los procedimientos de acceso. Por ejemplo, la propuesta de un Mecanismo Global Multilateral de Distribución de Beneficios (artículo 10 del Protocolo de Nagoya) podría permitir o exigir la distribución de beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos.

Otra nueva estipulación se refiere a la utilización de recursos genéticos que pertenezcan a comunidades indígenas y locales. En el CDB, el papel de las comunidades indígenas y locales sólo se reconoce expresamente en relación a los conocimientos tradicionales. En cambio, el Protocolo de Nagoya indica que el uso de recursos genéticos deberá efectuarse con el consentimiento previo e informado de las comunidades indígenas y locales, en los casos en los que éstas tengan el derecho a otorgar acceso a dichos recursos (artículo 5.2). Del mismo modo, los beneficios resultantes del uso de recursos genéticos que pertenezcan, legítimamente, a comunidades indígenas y locales deberán ser compartidos con dichas comunidades (artículo 5.5).

Al igual que el CDB, el Protocolo de Nagoya también incluye requisitos para la distribución de beneficios respecto a la utilización de los conocimientos tradicionales (artículo 7o.). No existe una mayor definición del tipo de uso correspondiente a requisitos sobre acceso y distribución de benefi-

⁶²³ Por “utilización de recursos genéticos” se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos (artículo 2o., inciso c del Protocolo de Nagoya).

cios. No obstante, el protocolo refuerza el acceso y la distribución de beneficios relacionados con los conocimientos tradicionales al exigir a los países que instauren mecanismos de apoyo a la elaboración de protocolos comunitarios y otros procedimientos e instrumentos de índole comunitaria (artículo 12.1). Asimismo, el Protocolo de Nagoya requiere que los países preserven los usos consuetudinarios y el intercambio de recursos genéticos y conocimientos tradicionales entre comunidades indígenas y locales (artículo 12.4).

La firma de este acuerdo complementario supone la obligación a las partes de desarrollar una legislación clara y transparente que dé seguridad jurídica respecto a los recursos genéticos. Además, deberán proporcionar normas y procedimientos justos y no arbitrarios sobre el acceso a los recursos genéticos. En caso de explotación de dichos recursos se debe informar previamente a quien los aporte y facilitar información para solicitar el consentimiento fundamentado previo, así como establecer los criterios y normas necesarios para la participación de los pueblos indígenas o el consentimiento por parte de estos (artículo 7o.).

El protocolo también hace mención explícita para la conservación de la biodiversidad, especialmente en los países en vías de desarrollo, para lo cual se fomentará la investigación no comercial. Además, cada parte debe prestar atención a los casos de emergencias presentes o inminentes que creen amenazas o daños para la salud humana, animal o vegetal (artículo 8o. incisos *a* y *b*).

El beneficio y relevancia del Protocolo de Nagoya será visible en su etapa de aplicación una vez que haya entrado en vigor, en la medida en que contribuya a la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos biológicos y beneficie a las comunidades indígenas y locales.

Este protocolo abre la oportunidad para construir una relación de largo plazo en la que todos los países puedan convertirse en proveedores y usuarios de los recursos genéticos. Por tal motivo, la expectativa es que las oportunidades de descubrir recursos genéticos valiosos para la seguridad alimentaria y la salud pública sean un aliciente para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. De ahí que todos los Estados firmantes se responsabilicen del buen uso de los recursos genéticos.

El Protocolo de Nagoya, por tanto, trata de ser un medio efectivo para la conservación de la biodiversidad, la lucha contra la biopiratería y la protección de comunidades indígenas y los conocimientos y recursos que éstas tienen. El encuentro internacional en Nagoya resultó ser esperanzador en lo que respecta a reforzar los objetivos de protección de la biodiversidad, pues justo unos días antes, del 11 al 15 de octubre, tuvo lugar, también en la misma ciudad, la quinta reunión de la Conferencia de las Partes del Protocolo de Cartagena (COP/MOP 5), que logró culminar con éxito las reglas y los

procedimientos internacionales sobre responsabilidad y compensación en caso de daños a la diversidad biológica resultantes de los OVM, conocido como Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación, complementario al Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología.⁶²⁴

5. *Hacia un régimen de compensación: el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur*

El artículo 27 del Protocolo de Cartagena estableció que las partes, en su primera reunión (COP/MOP1), debían iniciar un proceso en relación con la elaboración de normas y procedimientos internacionales en el ámbito de la responsabilidad y compensación por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de OVM, y tratar de completar ese proceso en un plazo de cuatro años. Esta primera reunión se celebró en febrero de 2004 en Kuala Lumpur.⁶²⁵

Tales negociaciones se llevaron a cabo en el grupo de trabajo especial de composición abierta de expertos jurídicos y técnicos en materia de responsabilidad y compensación. Dicho grupo se reunió cinco veces entre mayo de 2005 y marzo de 2008. La quinta reunión celebrada en mayo de 2008 en Bonn supuso un avance político en las negociaciones, ya que las partes acordaron elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre la responsabilidad. Así, el 15 de octubre de 2010, la sesión plenaria final de la Conferencia de las Partes (COP/MOP5) adoptó el Protocolo complementario de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación del Protocolo de Cartagena sobre la Bioseguridad.⁶²⁶

El nuevo protocolo complementario proporciona normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y la compensación en relación con el daño para la diversidad biológica resultante de los organismos vivos modificados.⁶²⁷ Al igual que en el acuerdo precursor, el

⁶²⁴ Durante la cuarta reunión (MOP4, Bonn 2008), las partes acordaron establecer un régimen internacional sobre responsabilidad y compensación con las disposiciones jurídicamente vinculantes con enfoque administrativo, por el cual los Estados partes podrían tomar medidas de respuesta en caso de daños.

⁶²⁵ Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15.

⁶²⁶ El Protocolo está abierto para su firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 7 de marzo 2011 al 6 de marzo 2012 y entrará en vigor 90 días después de ser ratificado por al menos 40 partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (artículo 18).

⁶²⁷ La reunión de las partes en el Protocolo adoptó otras 17 decisiones. Entre éstas se encuentra la adopción de un Plan Estratégico de 10 años para la aplicación del Protocolo, un

Protocolo de Cartagena, la adopción de este protocolo tiene una doble función. Por un lado, impide crear daños ambientales y, por otro lado, ofrece medidas de creación de confianza en el desarrollo y aplicación de la biotecnología moderna. Con ello, se prepara un entorno favorable a la obtención de los máximos beneficios de los OVM, proporcionando normas de compensación o medidas de respuesta en caso de que se produzcan daños a la biodiversidad o haya probabilidad de que se produzcan.

El objetivo de este protocolo es contribuir a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana, y proporcionando normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y compensación en relación con los OVM (artículo 1o.).⁶²⁸

Los conceptos de “daño” y de “operador”, así como la expresión “medidas de respuesta”, son definidos de una manera amplia en su artículo 2o. El concepto de “daño” comprende un efecto adverso significativo en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, sin olvidar los riesgos en la salud humana, que puedan medirse u observarse científicamente. No obstante, se excluyen los riesgos de carácter difuso, a no ser que se establezca claramente un vínculo causal entre los daños y los OVM. Bajo el término “operador” se hace referencia a cualquier persona que tenga el control directo o indirecto del OVM, entre otros, el titular del permiso, el productor, el notificador, el exportador, el importador, el transportista o el proveedor. Y, por último, las “medidas de respuesta” son medidas preventivas razonables para reducir, contener, mitigar o evitar el daño, y medidas reparadoras para restaurar la diversidad biológica a la condición existente antes de que ocurriera el daño, o su equivalente más cercano. Como es habitual, se da preferencia a la restauración primaria sobre la reparación complementaria o compensatoria.

Con el establecimiento de este protocolo se permite, de conformidad con su artículo 2.2, inciso f, que los Estados partes y los afectados tengan acceso a los mecanismos para tomar medidas preventivas y de reparación adecuadas.

Respecto al ámbito de aplicación material, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur cubre los daños resultantes de los OVM que tienen su origen en un movimiento transfronterizo. Los OVM a los que se hace referencia son los destinados al uso directo, como por ejemplo, los alimentos para humanos o animales o su procesamiento, los destinados al uso confinado, y los

programa de trabajo sobre concienciación, educación y participación públicas en relación con los OVMs y directrices adicionales sobre evaluación y gestión del riesgo.

⁶²⁸ Cfr. “Responsabilidad y compensación”, *Informe del grupo de amigos de la copresidencia*. Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOD/5/11, del 11 de octubre de 2010.

destinados a su introducción deliberada en el medio ambiente (artículo 3o.). Asimismo, su artículo 5o. obliga a los operadores a informar inmediatamente a las autoridades competentes en el caso de daño ambiental y a tomar las medidas de respuesta oportunas. Además, sobre la base de la mejor información científica disponible, se exige también a los operadores la adopción de medidas preventivas cuando se demuestre la probabilidad de daños futuros. En ausencia de las necesarias medidas de protección por parte del operador, se prevé la ejecución subsidiaria por parte de la autoridad competente, aunque ésta tendrá el derecho a recuperar los gastos ocasionados por las medidas adoptadas (artículo 5.5).

El protocolo permite, además, que los Estados puedan solicitar garantías financieras, siempre y cuando se realice de manera coherente con las obligaciones que les corresponden según el derecho internacional (artículo 10).⁶²⁹ El artículo 11 prevé que el protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur no afecte a los derechos y obligaciones de los Estados en virtud de las normas generales de derecho internacional con respecto a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Además, su artículo 12 establece que las partes dispondrán, en sus legislaciones nacionales, normas y procedimientos que se ocupen de los daños. Para cumplir con esta obligación, las partes deben estipular medidas de respuesta y pueden, según proceda, aplicar su legislación nacional existente, incluso donde procedan normas y procedimientos generales en materia de responsabilidad civil; además, pueden aplicar o elaborar normas y procedimientos sobre responsabilidad civil específicamente con este fin, o bien aplicar o elaborar una combinación de ambos. El protocolo incorpora, finalmente, las disposiciones clásicas de todo acuerdo internacional (firma, entrada en vigor, denuncia, pero advierte que no podrán formularse reservas). Como se puede apreciar, este protocolo todavía está en fase de ratificación.⁶³⁰

Por último, cabe mencionar que en la Reunión de las Partes en las que se adoptó este Protocolo también se adoptaron otras decisiones, entre las cuales se incluye la adopción de un Plan Estratégico sobre Seguridad de la

⁶²⁹ El artículo 10 del Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur regula la garantía financiera; señala que “1) Las Partes conservan el derecho a disponer la garantía financiera en su legislación nacional...”.

⁶³⁰ El 21 de julio de 2011, España se convirtió en el Estado parte número 25 al haber firmado el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur. Actualmente, lo han firmado 45 Estados. Los últimos Estados en firmarlo han sido Guinea-Bissau y Nigeria el 1o. de febrero de 2012. En cambio, por el momento, sólo lo han ratificado 2 Estados: Letonia, el 30 de noviembre de 2011, y República Checa, el 13 de febrero de 2012, y para su entrada en vigor el artículo 18 del Protocolo exige al menos 40 instrumentos de ratificación. *Cfr.* <http://bch.cbd.int/protocol/parties/#tab=1>, 15 de febrero de 2012.

Biología para el periodo de 2011 a 2020.⁶³¹ Este plan es un programa de trabajo sobre concienciación, educación y participación con relación a los OVM y, sobre las nuevas líneas directrices sobre la evaluación del riesgo y la gestión del riesgo. El plan establece cinco áreas importantes, que son: el establecimiento y el desarrollo de sistemas efectivos de bioseguridad para la aplicación del Protocolo de Cartagena; el fortalecimiento de capacidades de las partes; el cumplimiento y control del protocolo; el intercambio de información y la cooperación entre las partes.

IV. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR DAÑOS AMBIENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde la década de los años setenta, la Unión Europea ha adoptado paulatinamente un régimen jurídico sobre los daños ambientales. Los intentos de la UE por dotarse de mecanismos para preservar el medio ambiente se han enfrentado, no obstante, a múltiples obstáculos, como por ejemplo, la complejidad técnica de esta materia o la oposición de los Estados y de los sectores empresariales afectados por dicho régimen.

La primera acción reguladora de la Unión Europea sobre responsabilidad ambiental fue la Directiva 78/319/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1978, relativa a los residuos tóxicos y peligrosos, si bien como parte de la regulación general de residuos. Esta directiva establecía en su considerando cuarto que "...toda regulación en materia de gestión de residuos tóxicos y peligrosos debe tener como objetivo esencial la protección de la salud humana y la salvaguardia del medio ambiente contra los efectos perjudiciales causados por la recogida, transporte, tratamiento, almacenamiento y depósito de dichos residuos".⁶³² De esta forma, apelaba a la obligación de los Estados de proteger la salud humana y el medio ambiente gestionando los residuos tóxicos y peligrosos, y favoreciendo la prevención y el reciclaje.

Posteriormente, la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 19 de octubre de 1987, relativa a la continuación y aplicación de una política y de un programa de acción en materia de medio ambiente, señaló que la Comisión Europea se proponía considerar el alcance de una definición del término de responsabilidad en el ámbito del medio ambien-

⁶³¹ *Cfr.* Plan Estratégico para el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología para el periodo de 2011 a 2020. Doc. UNEO/CBD/BS/COP-MOP/5/16 del 23 de junio de 2010.

⁶³² DOCE L 84 del 31 de marzo de 1978.

te.⁶³³ Estas regulaciones contribuyeron a que en 1989 la CE propusiera una directiva más amplia, sobre la responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al medioambiente originados por residuos.⁶³⁴ Sin embargo, la propuesta no establecía un régimen de responsabilidad de carácter general. Por el contrario, sólo regulaba la responsabilidad por daños ambientales producidos por residuos, en los que no contemplaba los daños a recursos naturales producidos por otras actuaciones, como por ejemplo los incendios, las talas abusivas, la muerte de especies protegidas, entre otros. Tampoco regulaba todos los daños producidos por residuos, ya que el artículo 2 excluía los residuos nucleares y los daños por hidrocarburos.⁶³⁵

Como es habitual en los modos de trabajo de la CE, se adoptaron un Libro Verde sobre reparación del daño ecológico⁶³⁶ y un Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental,⁶³⁷ para estudiar la creación de un sistema dual de responsabilidad internacional.

El Libro Verde sobre la reparación del daño ecológico prevé, en primer lugar, la conveniencia de utilizar el mecanismo de la responsabilidad civil como medio para asignar la responsabilidad por los gastos necesarios en la restauración del medio ambiente. Y en segundo lugar, planteaba la posible reparación de los daños ecológicos a los que no pudiesen aplicarse los principios de la responsabilidad civil, estudiando también los sistemas de indemnización conjunta, con sus problemas y limitaciones.

Cabe mencionar que, a nuestro juicio, la responsabilidad civil resulta insuficiente para la reparación de los daños ambientales, ya que dicho mecanismo sirve para reparar los daños producidos a las personas en su salud y en sus bienes, cuando forman parte del medio ambiente, pero es necesario que exista otro sistema para los daños causados al ambiente considerado como un bien jurídico en sí mismo, aunque sea un bien común. Este bien jurídico protegido escapa muchas veces al ámbito del derecho privado puesto que se trata de un bien público. Por tanto, habría que buscar soluciones novedosas e imaginativas que permitiesen salvar esos escollos y completaran

⁶³³ Cfr. párrafo 2.5.5, Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo del 19 de octubre de 1987 relativa a la continuación y aplicación de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (1987-1992). DOCE C 328 del 7 de diciembre de 1987.

⁶³⁴ DOCE del 4 de octubre de 1989.

⁶³⁵ Jordano Fraga, J., “La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, del 21 de abril, sobre responsabilidad ambiental”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 7, 2005, p. 14.

⁶³⁶ COM (93) 47 final, del 14 de abril de 1993.

⁶³⁷ COM (2000) 66 final, del 9 de febrero de 2000.

las coberturas de los seguros de responsabilidad civil. Entre las soluciones propuestas surgieron los sistemas colectivos de cobertura ideados por la CE en el Libro Verde o el modelo de fondo estadounidense, que actúa de forma subsidiaria con respecto al mecanismo de responsabilidad civil y los *pools* de aseguradoras.⁶³⁸

Como señala el Libro Verde, cuando se habla de la responsabilidad civil surge la cuestión del aseguramiento, ya que los seguros constituyen un medio para garantizar los costes de restauración. A pesar de esto, las incertidumbres que surgen en torno al daño ambiental plantean dificultades en lo que se refiere a este tema, ya que es difícil que las aseguradoras cubran los daños de la contaminación. Sin embargo, en el caso de determinadas industrias y actividades que plantean riesgos excepcionales sí se les han exigido seguros que cubran su posible responsabilidad. La reparación del daño ambiental mediante sistemas de indemnización conjunta se plantea en el Libro Verde como una forma de asegurar la restauración de los elementos ambientales. Así, la financiación de estos sistemas se haría con las contribuciones de los sectores económicos directamente involucrados en el tipo de daño en cuestión. Asimismo, el Libro Verde subraya que este tipo de sistema tiene como ventajas: 1) que se basa en el principio quien contamina paga, ya que el coste del daño provocado por el efecto acumulado de las actividades de un sector se repartirá entre las empresas del mismo; 2) permite actuar con rapidez frente a un daño ambiental, a diferencia de la lentitud de los regímenes de responsabilidad civil, y 3) que la carga del daño puede soportarse mejor con actividades colectivas que individuales.

El Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, por su parte, establece diversas posibilidades para configurar un régimen de responsabilidad ambiental en la UE que permita mejorar la aplicación de los principios ambientales recogidos en la legislación ambiental europea. Este documento incluye una descripción de las principales áreas en las cuales se debe trabajar, como por ejemplo, la cobertura tanto de los daños al medio ambiente (contaminación de lugares y daños causados a la biodiversidad) como a los daños tradicionales (daños materiales), la cobertura de los daños a la biodiversidad en la medida en que ya esté protegida por la red Natura 2000, la responsabilidad objetiva por los daños derivados de actividades inherentemente peligrosas, la responsabilidad basada en la culpa cuando los daños se deriven de una actividad no peligrosa, los criterios para evaluar y tratar di-

⁶³⁸ Cfr. Cantalapedra López, O., “Seguros ambientales”, en Mora Aliseda, Julián y Jaquenod de Zsögön, Silvia (dirs.), *Ambiente y desarrollo sostenible*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 2002, pp. 599 y ss.

versos tipos de daños, la obligación de destinar las compensaciones abonadas por el contaminador a la restauración del medio ambiente, el planteamiento que dé mayor facilidad de acceso a la justicia en los casos de daños al medio ambiente, entre otros.

Ahora bien, durante la revisión de la Directiva 90/220/CEE, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (OMG), se presentaron varias iniciativas para introducir disposiciones específicas sobre responsabilidad en caso de daño derivado de la liberación de OMG en el medio ambiente y en la cadena alimentaria. Por este motivo la UE estableció, de conformidad con el principio de precaución, un marco legislativo relativo a la liberación intencional y comercialización de OMG, la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de marzo de 2001.⁶³⁹

Esta directiva tiene por objeto aumentar la eficacia y la transparencia del procedimiento de autorización. Prevé, asimismo, como hemos mencionado en el capítulo segundo, el establecimiento de un método común de evaluación caso por caso de los riesgos medioambientales relacionados con la liberación de OMG y también prevé implantar un mecanismo para modificar, suspender o terminar la liberación de OMG, cuando se disponga de nuevos datos sobre los riesgos derivados de dicha liberación. Además, establece consultar al público y obliga a etiquetar los OMG, garantizando así que se ha identificado convenientemente la presencia de tales organismos en algún producto.⁶⁴⁰

Durante el procedimiento de revisión de esta directiva, el Parlamento Europeo propuso una enmienda específica. De haberse aprobado dicha enmienda se hubiera impuesto un sistema de responsabilidad objetiva por daños resultantes en el medio ambiente y la salud humana derivados de OMG.⁶⁴¹ Sin embargo, tal propuesta fue rechazada por la CE, argumentando que la responsabilidad por daños derivados de OMG sería regulada en una directiva horizontal sobre responsabilidad ambiental que estaba en proceso de elaboración.⁶⁴²

El proceso legislativo concluyó con la aprobación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños

⁶³⁹ Véase, capítulo segundo.

⁶⁴⁰ *Cfr.* Artículos 9o. y 13.2 de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁴¹ DOCE C 150/363 del 28 de mayo de 1999.

⁶⁴² López Villar, J., *Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 298.

medioambientales, que establece un marco de responsabilidad fundado en el principio “quien contamina paga”, con vistas a prevenir y reparar los daños medioambientales.

1. Las obligaciones de prevención y reparación de daños ambientales

La Directiva 2004/35/CE establece un marco común de responsabilidad con el fin de prevenir y reparar los daños causados a los animales, las plantas, los hábitats naturales y los recursos hídricos, así como los daños que afectan a los suelos.⁶⁴³ Cabe recordar que el daño ambiental está definido en el artículo 2.1 de la citada directiva como “los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies”. Conforme a esta directiva, la prevención y reparación de los daños medioambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio “quien contamina paga” y debe ser coherente con el principio de “desarrollo sostenible”. Así, la directiva establece un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad, que no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembro. Por consiguiente, en razón de la dimensión de la presente directiva y su incidencia en otras directivas,⁶⁴⁴ la UE puede adoptar medidas provisionales, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5o. del TUE. En este sentido, la responsabilidad se aplica a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de tales daños, cuando se producen por causa de actividades profesionales o cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de que se trate.

Esta directiva distingue además dos situaciones complementarias a las cuales aplica un régimen de responsabilidad distinto. El primer régimen se

⁶⁴³ El régimen de responsabilidad se aplica, por una parte, a algunas actividades profesionales enumeradas expresamente y, por otra parte, a las demás actividades profesionales cuando el operador cometa una falta o incurra en negligencia. Por otra parte, incumbe a las autoridades públicas velar por que los propios operadores responsables adopten o sufraguen las medidas necesarias de prevención o reparación.

⁶⁴⁴ Por ejemplo: la Directiva 79/409/CEE del Consejo, del 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, la Directiva 92/43/CEE del Consejo, del 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

aplica a una serie de actividades profesionales peligrosas o potencialmente peligrosas contempladas en el anexo III de la directiva. Se trata principalmente: 1) de las actividades agrícolas o industriales sujetas a un permiso de conformidad con la Directiva 2008/1/CE, sobre la prevención y control de la contaminación;⁶⁴⁵ 2) de las actividades sujetas a la Directiva 2001/18/CE, relativa a la prevención y al control de la contaminación, por las que se liberan metales pesados en el agua o la atmósfera, las instalaciones que produzcan sustancias químicas peligrosas o las actividades de gestión de residuos (en especial, los vertederos y las plantas de incineración), y 3) las actividades sujetas a la Directiva 90/219/CEE, relativa a la utilización de microorganismos modificados genéticamente, relacionadas con los OMG.⁶⁴⁶ Según este régimen, el operador puede ser considerado responsable aun sin haber cometido ninguna falta. De esta forma, podemos observar cómo en la UE también se prevé la responsabilidad por actividades de riesgo.

El segundo régimen de responsabilidad de la Directiva 2004/35/CE se aplica a las demás actividades profesionales, es decir, las actividades profesionales distintas de las contempladas en el anexo III de la directiva. Este régimen se aplica únicamente cuando tales actividades causen daños o supongan una amenaza inminente de daños a las especies y hábitats naturales protegidas por la legislación comunitaria. En tal caso, el operador sólo será responsable si ha cometido una falta o ha incurrido en negligencia. Es decir, este tipo de responsabilidad se genera por la comisión u omisión por actos ilícitos.

Cabe subrayar que el artículo 4o. de la directiva prevé una serie de excepciones respecto a la responsabilidad medioambiental. En primer lugar, un Estado carecerá de responsabilidad por aquellos daños ambientales

⁶⁴⁵ Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación (Directiva IPPC). La directiva somete a autorización las actividades industriales y agrícolas que presentan un elevado potencial de contaminación. Este permiso sólo puede concederse si se reúne una serie de condiciones medioambientales, de manera que las empresas asuman ellas mismas las labores de prevención y reducción de la contaminación que puedan llegar a causar. La prevención y el control integrados de la contaminación se refieren a las actividades industriales y agrícolas con un elevado potencial de contaminación, nuevas o existentes, tal como se definen en el anexo I de la Directiva (industrias de actividades energéticas, producción y transformación de los metales, industria mineral, industria química, gestión de residuos, etcétera).

⁶⁴⁶ Directiva 90/219/CEE del Consejo, del 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (modificada por la Directiva 98/81/CE, Decisión 2001/204/CE, Reglamento (CE) 1882/2003 y la Decisión 2005/174/CE). Esta Directiva establece medidas comunes para proteger la salud humana y el medio ambiente.

si están causados por actos derivados de conflictos armados, hostilidades, guerra civil o insurrección, o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible. Asimismo, se exceptúa la responsabilidad cuando los daños o sus amenazas surjan de un incidente con respecto al cual la responsabilidad o la indemnización estén reguladas por alguno de los convenios internacionales enumerados en el anexo IV.⁶⁴⁷ Como tercera excepción se prevén las actividades reguladas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. En cuarto lugar, quedan también excluidos los daños ambientales o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos. Y por último, se exceptúan las actividades de defensa nacional o seguridad internacional.⁶⁴⁸

Por otra parte, cuando se hayan generado determinados costes en la ejecución de las medidas preventivas en respuesta al daño o amenaza de daño inminente por un operador, la autoridad competente podrá repercu-

⁶⁴⁷ Los convenios internacionales que se mencionan en el anexo IV de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, son: 1) el Convenio sobre Responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, por ferrocarril y por vías navegables del 10 de octubre de 1989; 2) el Convenio sobre Responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos del 27 de noviembre de 1992; 3) el Convenio de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos del 27 de noviembre de 1992; 4) el Convenio sobre Responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas del 3 de mayo de 1996 y 5) el Convenio sobre Responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques del 23 de marzo de 2001.

⁶⁴⁸ Cuando surja una amenaza inminente de daño ambiental, la autoridad competente designada por cada Estado miembro obligará al operador (responsable potencial de la contaminación) a adoptar las medidas preventivas necesarias, o las tomará ella misma y recuperará más adelante los gastos derivados de tales medidas (artículo 5.1). En cambio, cuando ya se haya producido un daño, la autoridad competente obligará al operador interesado a adoptar las medidas de reparación necesarias (basándose en las normas y principios que figuran en el anexo II de la directiva) o adoptará ella misma dichas medidas y recuperará más tarde los gastos consiguientes. Cuando se hayan producido varios casos de daños ambientales, la autoridad competente podrá fijar las prioridades de reparación de los daños (artículo 6o.). Por su parte, los operadores definirán con arreglo al anexo II las posibles medidas reparadoras y las someterán a la aprobación de la autoridad competente, a menos que la autoridad competente haya actuado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6.2, inciso e, es decir, adoptar por sí misma las medidas reparadoras necesarias, y en el artículo 6.3, si el operador incumple las obligaciones estipuladas en el artículo 6o., no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de la presente directiva, la propia autoridad competente podrá adoptar dichas medidas reparadoras como último recurso.

tir tales costes al operador responsable del daño.⁶⁴⁹ El mismo principio se aplica respecto a las evaluaciones medioambientales realizadas con el fin de determinar el alcance del daño y las medidas que deban adoptarse para repararlo.⁶⁵⁰

Por último, debemos señalar que los límites en el ámbito de aplicación de esta directiva han reducido significativamente los efectos protectores de esta regulación en relación a los OMG. La directiva permite una diversidad de regulación en la UE, que resulta —a nuestro juicio— desaconsejable, ya que los daños transfronterizos son fácilmente demostrables y pueden tener un distinto tratamiento jurídico en los Estados miembros de la UE.

El TJUE tuvo la oportunidad de manifestarse sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2004/35/CE en el asunto *Raffinerie Mediterranee SpA y otros* (asunto C-378/08).⁶⁵¹ En aquella ocasión, un tribunal italiano pretendía que se dilucidase si el principio “quien contamina paga” se oponía a una normativa nacional que permitía a la administración competente imponer a los operadores, por razón de la proximidad de sus instalaciones a un área contaminada, medidas reparadoras de daños medioambientales, prescindiendo de toda investigación previa del hecho causante de la contaminación y sin demostrar que existiera una infracción por parte de los operadores ni un nexo causal entre éstos y la contaminación comprobada.⁶⁵²

⁶⁴⁹ La autoridad competente —entre otras cosas mediante el embargo de bienes inmuebles u otras garantías adecuadas— recuperará del operador que haya causado los daños o la amenaza inminente de esos daños, los costes que le haya supuesto la adopción de acciones preventivas o reparadoras en virtud de la presente directiva. Sin embargo, la autoridad competente podrá decidir no recuperar los costes íntegros cuando los gastos necesarios para hacerlo sean superiores al importe recuperable, o cuando no pueda identificarse al operador. *Cfr.* Artículo 8.2, Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁵⁰ Si varios operadores son responsables de un daño, deberán sufragar los costes correspondientes de la reparación, bien solidaria, bien proporcionalmente. Cabe mencionar que la directiva no obliga a los operadores a suscribir una garantía financiera, por ejemplo un seguro, para hacer frente a su posible insolvencia. No obstante, los Estados miembros pueden estimular a los operadores a recurrir a tales mecanismos y fomentarán también el desarrollo de este tipo de servicios.

⁶⁵¹ *Cfr.* Sentencia del TJUE (Gran Sala), *Raffinerie Mediterranee y otros*, Asunto C-378/08, del 9 de marzo de 2010.

⁶⁵² El litigio principal se refiere a la región de Priolo Gargallo (Sicilia), declarada “sitio de interés nacional a los efectos de «saneamiento»” y, más concretamente, la Bahía de Augusta. Ésta se ve afectada por fenómenos recurrentes de contaminación medioambiental cuyo origen se remonta a los años sesenta, cuando el pozo de Augusta-Priolo-Melilli fue creado como un pozo petrolífero. Desde entonces, numerosas empresas en el sector de los hidrocarburos y la petroquímica se instalaron en dicha región. Las empresas *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA*, *Polimeri Europa SpA*, *Syndial SpA*, así como *ENI SpA*, han presentado recursos contra dichas decisiones administrativas ante los tribunales italianos. El Tribunal regional de Sicilia que debía

Así, el TJUE señaló que:

...cuando, en una situación de contaminación medioambiental, no se cumplen las condiciones de aplicación *ratione temporis* y/o *ratione materiae* de la Directiva 2004/35, tal situación estará sometida al Derecho nacional dentro del respeto de las reglas del Tratado y sin perjuicio de otros actos de Derecho derivado; la Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente, que actúa en el marco de dicha Directiva, presumir la existencia de un nexo causal, incluso en el supuesto de contaminación de carácter difuso, entre los operadores y una contaminación comprobada y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio de quien contamina paga, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes y las componentes utilizadas por el referido operador económico en el marco de sus actividades.⁶⁵³

En otra ocasión, aunque con las mismas partes (asuntos acumulados C- 379/08 y C-380/08),⁶⁵⁴ el órgano jurisdiccional italiano preguntó si la directiva sobre responsabilidad medioambiental permitía la modificación sustancial de las medidas reparadoras de daños medioambientales cuya ejecución había sido comenzada o acabada. Asimismo, el referido Tribunal italiano pretendió que se dilucidase si la directiva se oponía a una normativa nacional que supeditaba el ejercicio del derecho de los operadores a utilizar sus tierras bajo la condición de que ejecutasen los trabajos que se les exigía.⁶⁵⁵

El TJUE constató que:

la autoridad competente está facultada para modificar sustancialmente las medidas reparadoras de daños medioambientales que habían sido adoptadas

decidir en los referidos asuntos, planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones relativas a la aplicación del principio de quien contamina paga. *Ibidem*, párrafos 19 y 22.

⁶⁵³ *Ibidem*, párrafo 70.

⁶⁵⁴ *Cfr.* Sentencia del TJUE (Gran Sala), *Raffinerie Mediterranee y otros*, Asunto C-379/08 y C-380/08, del 9 de marzo de 2010.

⁶⁵⁵ El litigio principal se inscribe en una serie de recursos interpuestos por las sociedades ribereñas de la Bahía de Augusta contra las resoluciones de varias autoridades administrativas italianas por las que se impuso a dichas sociedades obligaciones de reparación de la contaminación comprobada en el sitio de interés nacional de Priolo. *Ibidem*, párrafo 18.

tras un procedimiento contradictorio llevado a cabo en colaboración con los operadores interesados y cuya ejecución había comenzado o acabado.⁶⁵⁶

No obstante, también precisó que para adoptar tal decisión, la autoridad debía escuchar a los operadores a los que se les imponían tales medidas, salvo cuando la urgencia ambiental exigiera una actuación inmediata por parte de la autoridad competente. Asimismo, debía invitar a las personas en cuyas tierras se aplicarían tales medidas para que presentasen sus observaciones. Además, debía tener en cuenta los criterios previstos en el punto 1.3.1 del anexo II de la Directiva 2004/35 y, por último, debía justificar que no era necesario hacer un examen detallado o que éste no pudiera efectuarse debido a la urgencia ambiental.⁶⁵⁷ Además, el artículo 18 de la Directiva 2004/35/CE establece que la Comisión debe presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo antes del 30 de abril de 2014, que deberá incluir un examen de la aplicación de la Directiva a los daños medioambientales causados por OMG.

Como podemos observar, esta directiva introduce un nuevo sistema de responsabilidad de derecho público por daños al medio ambiente, y trata de suplir las insuficiencias del régimen tradicional de responsabilidad civil para reparar los daños ambientales cuando se trate de bienes y recursos que no son de propiedad privada. Se trata de un régimen de responsabilidad que, de acuerdo con la aplicación del principio “quien contamina paga”, pretende que la responsabilidad por los daños al medio ambiente, o por la amenaza de que los mismos se produzcan, recaigan sobre el responsable de la actividad productora del daño, que se denomina operador. Se procura, además, que dicha responsabilidad sea de carácter objetivo, es decir, que su fundamento radique en el riesgo generado por las actividades que se desarrollan y, por tanto, no es preciso que concorra dolo, culpa o negligencia para que surja la responsabilidad.⁶⁵⁸

2. *La responsabilidad del explotador para garantizar la seguridad alimentaria*

La legislación alimentaria de la Unión Europea busca preservar la salud y el bienestar de los ciudadanos, así como sus intereses sociales y económi-

⁶⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 67.

⁶⁵⁷ *Idem*.

⁶⁵⁸ *Cfr.* Lozano Cutanda, B., “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE”, *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12 y 13, 2005.

cos mediante la articulación de unos principios generales de protección. En 2002 se revisaron estos principios y los procedimientos relativos a la seguridad de los alimentos, que se aplican igualmente a los piensos, dando como resultado el Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 28 de enero de 2002, por el que se establecieron los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria.

Este reglamento opta por un nivel elevado de protección de la salud en la elaboración de la legislación alimentaria, aplicándose de manera no discriminatoria.⁶⁵⁹ La aplicación de esta norma afecta a todas las etapas de producción, transformación y distribución alimentaria, y por ello, a todas las empresas alimentarias y de piensos producidos para alimentar a los animales. Además, prohíbe la comercialización de alimentos no seguros cuando sean nocivos para la salud y no sean aptos para el consumo humano (artículo 14). Sin embargo, los parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar si un alimento es o no seguro, atienden, en algunos casos, a factores que van más allá de la composición del producto. El reglamento establece las condiciones de uso del alimento por los consumidores, así como la información a la que debe tener acceso el consumidor, incluida la que figura en la etiqueta, para que pueda prevenir efectos perjudiciales para su salud (artículo 14.3). Además, cuando se trata de determinar la peligrosidad de un alimento, deberán tenerse en cuenta otros elementos complejos, como por ejemplo, los efectos inmediatos, a corto y largo plazo para la salud del consumidor.

En este contexto de garantizar un alimento seguro, el reglamento regula la responsabilidad del explotador de la empresa alimentaria, ya que es él quien está mejor capacitado para diseñar un sistema seguro de suministro de alimentos y conseguir que los alimentos sean seguros.⁶⁶⁰ Por ello se le asigna la responsabilidad legal principal de la seguridad alimentaria. En este sentido, su artículo 17.1 prevé que:

Los explotadores de empresas alimentarias y de empresas de piensos se asegurarán, en todas las etapas de la producción, la transformación y la distribución que tienen lugar en las empresas bajo su control, de que los alimentos o los piensos cumplen los requisitos de la legislación alimentaria pertinentes a los efectos de sus actividades y verificarán que se cumplen dichos requisitos.

⁶⁵⁹ Véase, capítulo segundo.

⁶⁶⁰ El explotador de empresa alimentaria es la persona física o jurídica responsable de asegurar el cumplimiento de los requisitos de la legislación alimentaria en la empresa alimentaria bajo su control (artículo 3.3 del Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

Los Estados miembros, por su parte, tienen la obligación de velar por el cumplimiento de la legislación alimentaria, además de controlar y de verificar que los explotadores de las empresas alimentarias y de piensos cumplen los requisitos de la legislación alimentaria en todas las etapas de la producción, transformación y distribución. Para ello, los Estados mantienen un sistema de controles oficiales y llevan a cabo otras actividades oportunas, como por ejemplo, la información al público sobre la inocuidad de los riesgos de los alimentos y los piensos o la vigilancia de la inocuidad de alimentos y piensos. Además, los Estados deben regular las medidas y las sanciones aplicables a las infracciones de la legislación alimentaria y de los piensos.

Por lo que se refiere a las responsabilidades respecto a los alimentos y piensos, el Reglamento establece que si un explotador de empresa alimentaria considera o tiene motivos para pensar que alguno de los alimentos que ha importado, producido, transformado, fabricado o comercializado no cumple los requisitos de seguridad, procederá inmediatamente a retirarlos del mercado e informará de ello a las autoridades. No obstante, su actuación no termina aquí, pues deberá informar de las medidas adoptadas para prevenir los riesgos para el consumidor final.⁶⁶¹ Sin embargo, esta responsabilidad no está ligada a ningún régimen sancionador previsto en el reglamento, por lo que su incumplimiento no puede vincularse directamente a una sanción. En cambio, el último párrafo del artículo 17 del citado reglamento sólo prevé que serán los Estados miembros quienes regulen las medidas sancionadoras aplicables a las infracciones de la legislación, y que tales medidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

A primera vista pudiera parecer que este reglamento prevé un sistema estricto y concreto de responsabilidad, ya que su ámbito de aplicación abarca todas las facetas de la cadena alimentaria, desde el productor hasta el comerciante final, pasando por el transformador e importador. En cambio, la ausencia de un régimen sancionador común obliga a los Estados a aplicar las posibles sanciones nacionales frente al incumplimiento del reglamento, dejando por tanto un amplio margen de discrecionalidad y, por tanto, también de variedad de acciones sancionadoras. Todas ellas, eso sí, con las limitaciones propias de toda sanción como ya lo estableciera el TJCE en el asunto *Comisión vs. República Helénica* (asunto 68/88) en 1989.⁶⁶²

⁶⁶¹ Cfr. Artículo 19.3 del Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁶² Sentencia del TJCE, *Comisión vs. República Helénica*, asunto 68/88, del 21 de septiembre de 1989.

La última fase de la cadena alimentaria obliga al explotador de empresa alimentaria responsable de las actividades de venta al por menor o distribución que no afecten al envasado, al etiquetado, a la inocuidad o a la integridad del alimento, que proceda dentro de los límites de las actividades que lleve a cabo, a retirar los productos que no se ajusten a los requisitos de seguridad.⁶⁶³

Por último, los explotadores tienen la obligación de colaborar con las autoridades para adoptar medidas que ayuden a evitar o reducir los riesgos de alimentos que hayan comercializado. Además, deberán comunicar a la autoridad las medidas que hayan adoptado para prevenir los riesgos para el consumidor. Esto les convierte en una especie de evaluador de riesgos de sus propios productos, así como de los ajenos que comercializan o distribuyen.⁶⁶⁴

V. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL RÉGIMEN DE LA OMC

Un alto porcentaje de las controversias entre los Estados versan sobre la responsabilidad internacional,⁶⁶⁵ y el sistema de solución de diferencias de la OMC no es una excepción, por tal motivo, conviene analizar la responsabilidad internacional del Estado en el régimen de la Organización Mundial del Comercio.

En la mayoría de las reclamaciones ante la OMC se alega que un Estado miembro no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud de los acuerdos de dicha Organización. En este sentido, el artículo 23 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) señala que “cuando los Estados Miembros traten de reparar el incumplimiento de obligaciones y otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento que deberán acatar”. Con este entendimiento, la OMC se ha dotado de un sistema propio para garantizar el correcto cumplimiento de sus acuerdos

⁶⁶³ *Cfr.* Artículo 19.2 del Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶⁶⁴ Cabe mencionar, como cita el artículo 21 del Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que las anteriores disposiciones se aplicaran sin perjuicio de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210 del 7 de agosto de 1985; Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE L 141 del 4 de junio de 1999).

⁶⁶⁵ Crawford, J., “Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *cit.*, párrafo 33.

y, en su caso, exigir a los Estados miembros su responsabilidad internacional ante la comisión de hechos internacionalmente ilícitos.

La posibilidad de presentar reclamaciones ante situaciones en las que no exista infracción está establecida en el artículo 26 del ESD. Estas reclamaciones contemplan la posibilidad de que un Estado miembro reclame a otro que ha sufrido una anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados por el ESD por la aplicación de una medida compatible con tales acuerdos. No obstante, tales supuestos, conocidos como *non-violation complaints*, son difíciles de encuadrar en la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.⁶⁶⁶

En las reclamaciones por infracciones, el Estado miembro lesionado puede acudir al Órgano de Solución de Diferencias cuando considere que una ventaja resultante de los acuerdos abarcados por el ESD ha sido anulada, menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de estos acuerdos se halle comprometido como consecuencia de la violación de alguna de las disposiciones de los acuerdos de la OMC. En este caso, el artículo 3.8 del ESD prevé que la anulación o menoscabo se presume, es decir, existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Estados miembros que sean partes en el acuerdo involucrado, y en tal caso, corresponderá al Estado miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.

El incumplimiento de una obligación supone la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, en el que cabe distinguir, como hemos venido señalando, dos elementos. El primero es un elemento subjetivo, consistente en una acción u omisión atribuible al Estado, y el segundo, un elemento objetivo, que implica que ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional a la que estaba sujeto el Estado miembro.⁶⁶⁷ Las condiciones para determinar la concurrencia de ambos elementos estarán regidas por las normas secundarias del derecho internacional general en materia de responsabilidad, salvo que existan normas específicas del régimen de la OMC, y por tanto, se aplique la *lex specialis* frente a la norma general.⁶⁶⁸

⁶⁶⁶ Una responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito es el incumplimiento de los acuerdos de la OMC. Cfr. Fernández Pons, X., *La OMC y el derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del derecho internacional general*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 266.

⁶⁶⁷ Gutiérrez Espada, C., *El hecho ilícito internacional*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 47 y ss.

⁶⁶⁸ Sobre las normas secundarias véase, entre otros, Combacau, J. y Allard, D., "Primary and Secondary rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obliga-

1. Elemento subjetivo: “la imputación”

El elemento subjetivo de la responsabilidad internacional es la atribución de un comportamiento ilícito a un Estado. Esta atribución se determina de conformidad con los principios básicos de atribución reflejados en los artículos 4 a 11 del Proyecto de la CDI de 2001. En este sentido, el proyecto prevé que el comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno, o de otros que hayan actuado bajo la dirección o control, o por instigación, de esos órganos, como agentes del Estado.⁶⁶⁹ Pero, como advierte Crawford, estos principios no son, con todo, supremos, y los Estados pueden establecer de común acuerdo principios diferentes para regir sus relaciones.⁶⁷⁰

En la práctica de la OMC, los grupos especiales y el órgano de apelación no suelen referirse expresamente a estos principios, porque en la mayoría de las diferencias no se plantea ningún problema de atribución de las medidas impugnadas al Estado miembro demandado. En el asunto *Turquía-textiles*, por ejemplo, el Grupo Especial examinó la atribución a Turquía de las restricciones cuantitativas que se habían impuesto a los productos textiles originarios de la India.⁶⁷¹ En este asunto, la India había solicitado, en marzo de 1996, la celebración de consultas con Turquía respecto de la imposición por ese país de restricciones cuantitativas a las importaciones de productos textiles y de prendas de vestir. La India alegaba que esas medidas eran incompatibles con los artículos XI y XIII del GATT de 1994. Según Turquía, no se le podía responsabilizar individualmente de unas restricciones que eran consecuencia del establecimiento de su unión aduanera con la entonces Comunidades Europeas. Turquía argumentó que había sido reclamada respecto de una medida adoptada por otra entidad (la unión aduanera Turquía-CE) y que no podía ser considerada como individualmente responsable por actos adoptados colectivamente por los miembros de la unión aduanera Turquía-CE por conducto de las instituciones creadas por el acuerdo.⁶⁷²

tions”, en Provest, René (ed.), *State Responsibility in International Law*, Aldershot, Dartmouth, pp. 89-92.

⁶⁶⁹ Cfr. Brownlie, I., *System of the law of nations: State Responsibility*, Oxford, Clarendon, 1983, pp. 132 y ss.

⁶⁷⁰ Cfr. Crawford, J., “Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados”, *cit.*, párrafo 158.

⁶⁷¹ Cfr. párrafo 9.33-9.43, Informe del Grupo Especial, *Turquía – restricciones a la importación de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/R, del 31 de mayo de 1999.

⁶⁷² *Ibidem*, párrafo 9.33.

El Grupo Especial constató que “salvo que una unión aduanera tenga sus propios derechos y obligaciones, y por ello alguna personalidad jurídica para la OMC, como las CE, cada parte en la unión aduanera sigue siendo responsable de las medidas que adopta para aplicarla en su propio territorio”.⁶⁷³ Posteriormente, el Órgano de Apelación confirmó la conclusión del Grupo Especial de que el GATT no permitía a Turquía adoptar restricciones cuantitativas a la importación de productos textiles y de vestido, pues eran incompatibles con los artículo XI y XIII del GATT de 1994.⁶⁷⁴ Además, se debe tener en cuenta que algunas normas primarias contenidas en los acuerdos de la OMC imponen a los Estados miembros la obligación de velar para que las acciones de particulares no tengan efectos restrictivos para el comercio internacional. En este sentido, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, por ejemplo, prevé en su artículo 4.1 que los Estados miembros tomen las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio, acepten y cumplan el Código de buena conducta del anexo del acuerdo. En este sentido, el destinatario de esta obligación es el Estado miembro y no los particulares, de modo que no se incurriría en responsabilidad internacional por la acción que lleven a cabo los particulares, sino por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, que en tal contexto suelen configurarse como obligaciones de comportamiento y no de resultado.⁶⁷⁵

2. Elemento objetivo: “la antijuridicidad”

El elemento objetivo que configura la responsabilidad internacional consiste en la violación de una obligación internacional asumida por el Estado, como ya lo había señalado Ago.⁶⁷⁶

Bajo el sistema del GATT de 1947, casi todas las diferencias se plantearon en virtud del artículo XXIII, párrafo 1, que preveía que:

en caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscaba o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se ha-

⁶⁷³ *Ibidem*, párrafo 9.40.

⁶⁷⁴ *Cfr.* párrafo 64, Informe del Órgano de Apelación, *Turquía – restricciones a la importación de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/AB/R, del 22 de octubre de 1999.

⁶⁷⁵ *Cfr.* Fernández, Pons, X., *La OMC y el derecho internacional*, *cit.*, p. 270.

⁶⁷⁶ Ago, R., “Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados. Origen de la responsabilidad internacional”, *cit.*, párrafo 42.

lle comprometido a consecuencia de: a) que otra parte contratante no cumple con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo....

Como se puede observar, los acuerdos de la OMC no prevén el término “violación de las obligaciones”, sino la expresión “no cumplimiento con las obligaciones” como condición para la reclamación. Esta distinta terminología no resulta en absoluto problemática. Pues, en efecto, el artículo 12 del Proyecto de la CDI de 2001 confirma que, sin perjuicio de los términos utilizados, “hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación...”. Por tal motivo, la determinación de si se ha producido la violación de una obligación dimanante de los acuerdos de la OMC dependerá de los términos precisos de cada obligación, debidamente interpretados, y de la aplicación de los correspondientes principios básicos enunciados por la CDI.⁶⁷⁷ Además, esto no sólo se refiere a que el Estado miembro demandado no cumpla con una de sus obligaciones, sino que incluye como premisa que el Estado miembro reclamante haya visto anulada o menoscabada alguna de las ventajas resultantes del acuerdo.

Esta condición de “anulación o menoscabo”, añadida al incumplimiento de la obligación, ha generado interés en la doctrina que se ha planteado si la condición de “daño” podría configurarse como un requisito específico para determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito dentro del sistema multilateral de comercio.⁶⁷⁸ Sin embargo, como ya hemos estudiado en el apartado 2.1.3 de este capítulo, esto no parece ser así, ya que el incumplimiento de una obligación internacional implica la lesión de un derecho y, por tanto, el daño o perjuicio está implícitamente contenido en el concepto de incumplimiento de una obligación.

VI. FUTUROS RETOS DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Por lo que respecta a la solución de controversias internacionales relativas a la protección del medio ambiente, se puede mencionar la creación, en 1993, de una Sala Especial permanente de la Corte Internacional de Justicia para asuntos de medio ambiente. Esta sala es la primera especializada, constituida

⁶⁷⁷ Cfr. Fernández, Pons, X., *La OMC y el derecho internacional*, cit., p. 279.

⁶⁷⁸ Cfr. entre otros, Yasseen, M., “Actas resumidas del vigésimo quinto período de sesiones”, 7 de mayo–13 de julio de 1973, *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, vol. I, 1974, p. 25. Wyler, E., “From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law”, cit., p. 1152.

en el seno del Tribunal de La Haya en aplicación de lo previsto en el artículo 26 de su estatuto.

En el comunicado que anunciaba la creación de esta sala, se hacía mención al aumento considerable de asuntos con implicaciones ambientales pendientes ante este tribunal y a la necesidad de que éste se dotara de los cauces adecuados para responder a los casos sometidos a su jurisdicción. El comunicado afirmaba que:

En vista de la evolución que se ha producido en los últimos años en el campo del Derecho del medio ambiente y de su protección y considerando que debe estar preparado lo mejor posible para entender de cualquier asunto ambiental sometido a su jurisdicción, el Tribunal ha considerado apropiado establecer una Sala de siete miembros para asuntos de medio ambiente.⁶⁷⁹

Mientras la evolución jurisprudencial del Tribunal Internacional de Justicia se consolida, se han llevado a cabo otros esfuerzos encaminados a crear, en el marco de las Naciones Unidas, un Tribunal Internacional del Medio Ambiente.⁶⁸⁰ Partiendo de la consideración de la existencia de un derecho humano al medio ambiente, el tribunal internacional en la materia cuya creación se propone debería cumplir funciones judiciales y para-judiciales, tales como funciones preventivas, consultivas o conciliatorias.

En la tercera reunión mundial de abogados y asociaciones de derecho ambiental, se convocó a los Estados que participarán en la Conferencia de Río+20 que se cree una Organización Mundial del Ambiente (OMA) capaz de reforzar las acciones emprendidas por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.⁶⁸¹ Igualmente, para conducir a una gobernanza mundial sobre el medio ambiente, se requiere a los Estados que creen me-

⁶⁷⁹ ICJ, Comunicqué 93/29, 19 July 1993. *Cfr.* “Constitution of a Chamber of the International Court of Justice for Environmental Matters”, *Netherlands International Law Review*, núm. 40-2, 1993, pp. 365 y 366. Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, *cit.*, p. 215.

⁶⁸⁰ Las transformaciones normativas en los últimos años en el marco universal hacen cada día más patente la necesidad de crear nuevos instrumentos capaces de asegurar la aplicación efectiva de una creciente y compleja reglamentación internacional para la protección del medio ambiente. *Cfr.* Postiglione, A., *Global Environmental Governance. The need of an International Environmental Agency and an International Court of the Environment*, Bruselas, Bryulant, 2010, pp. 104 y ss.

⁶⁸¹ *Cfr.* punto III.2 de la Convocatoria de juristas y de asociaciones de derecho ambiental (abierto para la firma el 1o. de octubre de 2011 para ser enviado a los Estados participantes de la Conferencia de Río+20, 4-6 de junio de 2012). Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado (CIDC), Francia, Limoges, 1o. de octubre de 2011, *www.cidce.org*, 26 de enero de 2012. También véase, Westra, L., *Globalization, Violence and World Governance*, Leiden, Brill, 2011, pp. 70-76.

canismos jurisdiccionales de solución de conflictos ambientales, entre ellos, una Corte Mundial del Ambiente. Cabe mencionar que también se ofrece una participación a la sociedad civil y, en particular, a las ONG ambientales en los procesos de toma de decisiones internacionales y regionales relativas al ambiente y al desarrollo sostenible mediante la adopción de un conjunto de líneas directrices que garanticen estándares mínimos de participación en dichos procesos.⁶⁸²

Además, durante la citada reunión mundial se convocó a los Estados para que se comprometieran en las negociaciones y, así, pudieran concluir nuevos instrumentos convencionales sobre el medio ambiente que respondan a la vez a necesidades imperativas de salud, de preservación de la biodiversidad y de la protección de los derechos humanos. En el orden del día de la reunión se debatió sobre la conveniencia de un Pacto Internacional sobre el Ambiente y el Desarrollo, una Convención relativa a las evaluaciones ambientales integrando los aspectos sociales y culturales así como los efectos sobre el consumo energético, una convención sobre áreas marinas protegidas en alta mar, incluso una convención relativa a la protección del ambiente en casos de conflictos armados y otra relativa al estatuto de los desplazados ambientales, entre otras.⁶⁸³

Cabe subrayar que la propuesta de creación de una Organización Mundial del Ambiente no es novedosa, ya había sido propuesta anteriormente por autores, como por ejemplo, Charnovitz, Biermann, Oberthur, Gehring, entre otros.⁶⁸⁴ También desde una perspectiva política la canciller de Alemania, Merkel, y el presidente de Francia, Sarkozy, dieron a conocer su postura al secretario general de la ONU, Ki-Moon, el 21 de septiembre de 2009. Los dos mandatarios sostuvieron que para lograr un acuerdo eficaz y justo, se debe establecer una nueva arquitectura institucional a fin de fomentar el desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. Además, definieron que era necesario reparar la gobernanza mundial y aprovechar el ímpetu de la Conferencia de Copenhague sobre el cambio

⁶⁸² *Ibidem*, puntos III.3 y III.4.

⁶⁸³ *Ibidem*, punto IV.

⁶⁸⁴ *Cfr.* Charnovitz, S., "A World Environment Organization", *Columbia Journal of Environmental Law*, vols. 27-2, 2002, pp. 323-362; Biermann, F., "The Rationale for a World Environment Organization", en Biermann, Frank y Bauer, Steffen (ed.), *A World Environment Organization: solution or threat for effective international environmental governance?*, Aldershot Reino Unido, Ashgate, 2005, pp. 117-144; Oberthur, S. y Gehring, T., "Reforming international environmental governance: An institutional perspective on proposals for a World Environmental Organization", en Biermann, Frank y Bauer, Steffen (ed.), *A World Environment Organization: solution or threat for effective international environmental governance?*, 2005, pp. 205-234.

climático (2009), y avanzar en la creación de una Organización Mundial del Ambiente.⁶⁸⁵ Recientemente, además, el primer ministro de Malasia, Tun Razak, declaró, durante la primera reunión preparatoria del Congreso Mundial sobre la justicia, la gobernanza y el derecho para la sostenibilidad del Medio Ambiente que “I believe the time is appropriate to consider the creation of a World Environment Organization (WEO) to anchor the global efforts for the environment”.⁶⁸⁶ No obstante, puntualizó que a diferencia de la OMC, esta organización ambiental debería ser consultiva y coadyuvar con los países para cumplir sus compromisos internacionales derivados de acuerdos mutuos.

En nuestra opinión, sería deseable que al crearse una Organización Mundial del Ambiente, ésta debería tener un papel más importante que el actual Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente para ser eficaz. Además, como advierte Westra, hay dos obstáculos a la posible creación de un sistema sólido en la gobernanza ambiental. El primero es la resistencia de algunos gobiernos, en particular de los Estados Unidos, y el segundo, el temor a que se contradiga con la OMC.⁶⁸⁷ Incluso, si se llegara a configurar esta organización internacional, habría que analizar qué margen de acción y autonomía le conceden los Estados.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El debate sobre el régimen jurídico de la responsabilidad internacional del Estado ante “atentados” al medio ambiente se presenta más que nunca complejo y actual, pues la conservación de la integridad de los ecosistemas es un tema fundamental y aún no resuelto en derecho internacional.⁶⁸⁸ En términos generales, el Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad internacional

⁶⁸⁵ Cfr. “Avances y progresos científicos en nuestro cambiante medio ambiente”, *Anuario del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente*, 2010, www.unep.org/yearbook/2010/PDF/UNEP_ES_2010_low.pdf, 26 de enero de 2012.

⁶⁸⁶ Tun Razak, N., Speech delivered to the First Preparatory Meeting World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability, 12 octubre de 2011, www.unep.org/environmental-governance/PerspectivesonRIO20/PrimeMinisterofMalaysia/tabid/55555/Default.aspx, 26 de enero de 2012.

⁶⁸⁷ Westra, L., *Globalization, Violence and World Governance*, cit., p. 71.

⁶⁸⁸ Pavoni comenta que no cabe afirmar la existencia de un régimen general de la biodiversidad, sino la emergencia de tal régimen, fundamentado sobre los principios del interés general de la humanidad, del reparto equitativo de los beneficios, de precaución y el principio del apoyo mutuo entre regímenes comerciales y ambientales. Cfr. Pavoni, R., *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, cit., pp. 489 y ss.

del Estado por hechos internacionalmente ilícitos es un excelente intento de codificación. Ciertamente, existen críticas por parte de los Estados y la doctrina al Proyecto de la CDI de 2001.⁶⁸⁹ Sin embargo, éste refleja parte de la realidad internacional determinada no sólo por la práctica de los Estados, sino por las decisiones de los tribunales internacionales, encargados de interpretar el derecho.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica es un instrumento importante, que constituye el primer marco referencial global. Sin embargo, las soluciones jurídicas que ofrece todavía no son completamente satisfactorias. La mayor parte de los recursos genéticos y su diversidad se encuentran en zonas bajo jurisdicción de cada Estado. Por ello, el CDB reconoce un papel central a los derechos soberanos de los Estados partes. Por tal motivo, la aplicación del principio de soberanía sobre los recursos naturales y sus eventuales límites representa un punto clave al cual todo régimen internacional debe tener en cuenta y junto con ello, la responsabilidad del Estado. Además, la aplicación eficaz del CDB no es fácil. La Asamblea General de las Naciones Unidas también lo reconoció en 2009, haciendo hincapié en la necesidad de abordar integralmente los obstáculos que impiden la plena aplicación del Convenio en el plano nacional, regional y mundial.⁶⁹⁰ En efecto, múltiples problemáticas requieren mayor atención y una regulación más adecuada. Por tanto, vemos cómo el Protocolo de Nagoya es un buen instrumento internacional que trata el acceso a los recursos genéticos y una participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

La responsabilidad en el ámbito de los OVM debe considerarse en un contexto amplio que tenga en cuenta los riesgos de estos organismos en la salud de las personas y en la biodiversidad, pues tales riesgos se manifiestan, por lo general, a largo plazo. La aplicación de la justicia retributiva en este caso resulta insuficiente, si se comprenden los efectos irreversibles que conllevan los daños a la biodiversidad. No obstante, la comunidad internacional procura controlar, antes de que sea tarde, los posibles daños a la diversidad biológica que no se prevean y eviten adecuadamente, con un actuar de la justicia *ex ante*. En este sentido, se puede afirmar que el CDB es un acuerdo netamente preventivo, ya que faculta a los Estados a adoptar medidas preventivas.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ Cfr. Actas resumidas del quincuagésimo quinto periodo de sesiones, 5 de mayo, 6 de junio, 7 de julio y 8 de agosto de 2003, *Anuario de la Comisión de Derecho internacional*, Nueva York, 1973, vol. I, 2003, p. 33. Pérez Giralda, A., "El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados: al final del camino", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, 2002, pp. 1-23.

⁶⁹⁰ Resolución de la AGNU 64/203 del 21 de diciembre de 2009.

⁶⁹¹ Cfr. Artículos 7o., 8o., 12, 14 y 19 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El mecanismo de prevención proporciona, así, la posibilidad de acompañar los procesos y controlar las medidas de seguridad. Las sanciones que establezca la comunidad internacional deben ser efectivas y eficaces para reparar los perjuicios y exigir a los Estados que desarrollen instituciones que hagan efectivos los principios de precaución y colaboración. En estos casos, los Estados deben tomar conciencia y asumir un compromiso real de su responsabilidad en la conservación de la biodiversidad. Un buen ejemplo de ello es la Directiva 2004/35/CE, que introdujo un régimen de responsabilidad ambiental de carácter objetivo, orientado a la protección de bienes estrictamente ambientales.