

PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑO AMBIENTAL

Jemina GARCÍA CASTREJÓN

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Evolución histórica de la institución*. III. *Fuentes*. IV. *Elementos constitutivos de la institución de responsabilidad internacional por daño ambiental*. V. *Bibliografía*. VI. *Hemerografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La presencia del hombre en la tierra desde hace miles de años ha producido cambios en el entorno natural, que han ocasionado desde simples transformaciones hasta graves catástrofes, que han terminado con algunos tipos de vida.

A nivel mundial, el medio ambiente constituye una unidad en donde los ecosistemas, tierras y aguas no pueden delimitarse, y puesto que tampoco es posible contener en un espacio físico a los agentes que degradan el ambiente, es necesaria la cooperación de los Estados para contrarrestar los efectos adversos del desarrollo y la actividad humanos, que no conocen fronteras.

Por esta razón, la comunidad internacional ha realizado varios esfuerzos tendientes a proteger el espacio en donde se encuentra la vida. Entre dichos esfuerzos destacamos, por su importancia histórica: la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en junio de 1972 en Estocolmo, con la participación de 113 países, de la que surgió una declaración que se convirtió en piedra fundamental de todas las políticas ambientales; la Carta Mundial de la Naturaleza, que a diez años de la reunión en Estocolmo ratificó los principios emanados de dicha Conferencia; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el

Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, cuyo mayor mérito fue haber instituido principios para lograr un desarrollo sostenible, y la Cumbre de Johannesburgo realizada en Sudáfrica en el año 2002, con el fin de promover la implementación de acciones concretas para dar cumplimiento a la Conferencia de Río, en tiempos determinados.

En los anteriores documentos quedó establecido que la conservación del medio ambiente se ha convertido en una preocupación generalizada en los últimos tiempos, misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Uno de los aspectos que en la actualidad aborda el derecho internacional del ambiente es la responsabilidad por daños ocasionados al entorno, institución que recoge diversos principios que se han ido desarrollando paulatinamente a nivel mundial, a fin de contar con instrumentos jurídicos que, ante el surgimiento de afectaciones al ambiente, hagan posible su reparación previa declaratoria de la responsabilidad del causante.

El objeto de esta exposición es realizar un análisis de dicha institución, enfocándola a los daños transfronterizos, pues como se indicó líneas atrás, es imposible contener a los agentes que degradan el ambiente dentro de las fronteras de un Estado, destacando los beneficios que esta institución aporta en materia de reparación de daños, pero también señalando cuáles son sus limitaciones, pues de este ejercicio pueden resultar propuestas útiles para su perfeccionamiento.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN

La responsabilidad del Estado por daño ambiental ha ido formándose a través del tiempo con objeto de responder a situaciones prácticas. Encontramos su origen en el régimen genérico de responsabilidad del Estado, el cual tiene como finalidad lograr la eficacia de las normas del derecho internacional, y se traduce en la subordinación de toda actividad de los sujetos internacionales al derecho, lo que hace posible la existencia del orden internacional y una convivencia pacífica.¹

Para explicar en qué consiste la responsabilidad del Estado debemos mencionar que este último, en tanto sujeto de derecho internacional, es

¹ Sobre este tema véase Llosa Larrambure, Eduardo, "Aportes de América y especialmente del Perú a los principios de derecho internacional que norma la responsabilidad estatal", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, t. XLVI, núm. 107, enero-julio de 1996, pp. 22 y ss.

titular de derechos y deberes, y en su actuar puede incurrir en alguna conducta distinta a las normas que lo obligan. La violación de alguna de las obligaciones contraídas en el ámbito internacional es causa de responsabilidad, dado que entraña una afectación a personas, bienes, o derechos de otro Estado, siempre que éstos sean objeto de protección de las normas internacionales. La responsabilidad implica que al verificarse dicha violación, de conformidad con las normas internacionales existirá el deber de reparar lo causado (hacerse responsable de ello).

Por otra parte, la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones a que se está sujeto deriva de la facultad correlativa característica en las normas jurídicas, de lo que se desprende que el mismo Estado tiene la posibilidad de reclamar por sí el efectivo cumplimiento de los derechos de los cuales es titular.

Las obligaciones en materia ambiental y en particular el deber de no causar daños al entorno de otro Estado se incorporaron al derecho internacional en época reciente. A partir de esta recepción, cualquier conducta contraria al contenido de dichas obligaciones constituye una violación de la norma internacional, de la que deriva el deber de responder por los daños causados.

Para establecer la responsabilidad en dicho supuesto se ha desarrollado todo un sistema de protección que excede las fronteras estatales, esto en primer lugar con el fin de determinar a quién es imputable la conducta que ocasiona daños al entorno y, por consiguiente, señalar a quién corresponde la reparación de lo causado, de acuerdo con el postulado que señala al responsable el deber de restablecer las cosas al estado que guardarían de no haberse verificado los daños.

Al respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció, desde 1928 en el *Asunto de la fábrica de Chorzow*, que cualquier incumplimiento de una norma internacional impone la obligación de reparar el o los daños causados.² Éste es un principio general válido para la materia que nos ocupa; sin embargo, hubo de desarrollarse con mayor amplitud gracias al precedente de la *Fundición Trail Smelter (1941)*, en donde por primera vez se planteó la protección del medio ambiente como un deber que excede las fronteras de los Estados.³

² Arellano García, Carlos, *Derecho internacional público. Primer curso*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 213.

³ Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, s. n. e., Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España, p. 1126.

Antes del establecimiento de dicho precedente la contaminación y sus efectos se consideraban problemas domésticos, cuya competencia era exclusiva de cada Estado en tanto no ocasionara daños a terceros;⁴ con todo, no se había tenido la oportunidad de llevar ese principio a la práctica, y aún más, no se tenía claridad sobre los elementos de la responsabilidad, la importancia del nexo causal, los alcances de la obligación de reparar y la obligación de no causar daños al territorio de otros Estados, como consecuencia de la realización de actividades lícitas en el territorio propio.

A partir de ese momento la protección del ambiente más allá de las fronteras sería motivo de la firma de tratados cuyo eje central estaría constituido por la cooperación entre Estados vecinos únicamente, bajo el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*.⁵

Hasta 1972 la prevención de la contaminación de lagos, mares y océanos de origen transfronterizo adquirió un carácter universal al hacer eco en la Asamblea General de las Naciones Unidas; esto trajo como consecuencia la firma de diversos tratados multilaterales con el propósito de prevenir, atender y resolver los casos cada vez más graves y frecuentes de contaminación. El principio 21 de la Declaración de Estocolmo de ese mismo año señaló que:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control, no perjudiquen al medio de otros Estados, o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.⁶

Este principio se convirtió en uno de los pilares del derecho ambiental internacional, y en la actualidad se contiene en múltiples tratados y resoluciones, de los cuales basta citar la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1975, el artículo 2o. de la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional en sus sesiones de Atenas y El Cairo en

⁴ *Idem*.

⁵ Como veremos más adelante, este principio constituye una de las obligaciones de *buena vecindad*, y su observancia implica el deber de no utilizar el territorio propio en perjuicio de los demás Estados.

⁶ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, p. 117.

1979⁷ y la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar en 1982, entre otros.⁸

Junto al desarrollo convencional encontramos algunos proyectos de codificación que inciden en la materia. Dichos proyectos no han sido aprobados ni sometidos a su firma para entrar en vigor; sin embargo, por su importancia, dado que recogen normas consuetudinarias vigentes, vale la pena citarlos en este apartado. Se trata en su orden, del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados derivada de un Hecho Ilícito, del Proyecto de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional y del Proyecto de Cuerpo de Principios y Normas relativos a la Protección del Medio Ambiente contra la Contaminación Transfronteriza.

El primero de ellos se inició a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 799 (VIII) del 7 de diciembre de 1953, encomendándose dicha codificación a la Comisión de Derecho Internacional, correspondió ser relatores especiales a García Amador de 1955 a 1963, a Roberto Ago de 1963 a 1979, a Willem Riphagen de 1980 a 1985 y Gaetano Arangio-Ruiz de 1985 a 1994. Aprobada la primera lectura de la parte uno en 1980⁹ y la primera lectura de las partes dos y tres en 1996, se envió a los gobiernos de los distintos Estados para que formularan sus comentarios y observaciones. De aprobarse, este proyecto se aplicaría para determinar la responsabilidad del Estado por la comisión de un hecho ilícito, para lo cual se considerará al hecho ilícito como la acción u omisión imputable al Estado que constituye la violación de una obligación internacional. Este régimen de responsabilidad sería aplicable eventualmente en materia ambiental en el caso de que un Estado, mediante una conducta ilícita, violara una obligación específicamente prevista en un tratado, cuyo resultado fuera la producción de un daño ambiental transfron-

7 Cuya redacción es la siguiente: "En el ejercicio de su derecho soberano a explotar sus propios recursos, con arreglo a sus propias políticas ambientales y sin perjuicio de sus obligaciones contractuales, los estados estarán obligados a asegurar que sus actividades o las realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causarán contaminación alguna".

8 Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *La responsabilidad internacional, Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, s. n. e., Alicante, Asoc. Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, p. 140.

9 Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 569.

terizo (decimos eventualmente, porque es una tendencia generalizada identificar al daño ambiental transfronterizo con la realización de actos lícitos, es decir, aquellos que no entrañan una violación a las normas internacionales, esto último es materia del siguiente proyecto).

Una vez iniciados los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad por Hecho Ilícito, la propia Comisión, en 1978, llegó a la conclusión de que la responsabilidad del Estado no deriva de la comisión de actos ilícitos de manera exclusiva, puesto que el desarrollo científico, tecnológico, la explotación de industrias y otras actividades lícitas traen como consecuencia la posibilidad de que un Estado incurra en responsabilidad, sin que haya de por medio la violación de una obligación internacional.¹⁰ Este tipo de responsabilidad (que como decíamos se identifica por excelencia con el daño ambiental transfronterizo), es materia del Proyecto de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional y es aplicable a los daños causados por el manejo de sustancias e instalaciones peligrosas, e incluso de la energía nuclear, cuando sus efectos rebasan las fronteras de los Estados. El Proyecto contiene 22 artículos, y ha correspondido ser relatores especiales a Quentin-Baxter de 1986 a 1992 y a Julio Barboza posteriormente.

En último lugar se encuentra el Proyecto de Cuerpo de Principios y Normas Relativos a la Protección del Medio Ambiente contra la Contaminación Transfronteriza, del que sólo se sabe que se encontraba a cargo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1986;¹¹ sin embargo el título sugiere que se trata de una codificación cuyo objeto específico es la materia que nos ocupa, que sin duda presentará muchas dificultades para su adopción, ya que no existe consenso sobre la obligatoriedad de los actuales principios de derecho ambiental internacional.

En síntesis, podemos concluir que en la actualidad es generalmente aceptado que la responsabilidad por daño ambiental transfronterizo se determina cuando existe la posibilidad de imputar a algún Estado la realización de actividades no prohibidas, con consecuencias perjudiciales y dañinas en el territorio de otro estado, es decir, responsabilidad objetiva independientemente de que se hayan o no tomado las medidas necesarias

¹⁰ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, México, Harla, 1988, p. 156.

¹¹ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, País Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992, p. 39.

para evitar esos daños, o de que no se haya cometido una infracción de una norma de carácter internacional. Este es un marco general que habrá de aplicarse siempre y cuando no existan disposiciones particulares vía tratado, específicamente previstas por las partes, como en el caso de responsabilidad por contaminación debida a hidrocarburos, o daños provenientes del manejo de la energía nuclear.¹²

III. FUENTES

Para tener un panorama general de las disposiciones que sobre daño ambiental transfronterizo existen en la actualidad y de acuerdo con lo expuesto por Max Sorensen,¹³ haremos mención de las fuentes del derecho internacional, en tanto métodos de creación de normas jurídicas generales y particulares. Esta referencia nos será de utilidad, dado que en caso de que un Estado incurra en responsabilidad por la comisión de un hecho ilícito, la misma se determinará independientemente de la fuente (generalmente convencional o consuetudinaria), de la cual proceda la norma que se ha infringido.

Las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. A ellas haremos referencia más adelante; sin embargo, en este momento es oportuno mencionar que existen otros procedimientos de creación de normas internacionales, como los actos unilaterales de los Estados, y el derecho derivado; este último de particular importancia en el desarrollo del derecho internacional ambiental.

En términos de Antonio Remiro Brotóns,¹⁴ el derecho derivado es el conjunto de actos jurídicamente vinculantes, emitidos por organizaciones

¹² Sobre este tema volveremos en el apartado que corresponde a los tratados; sin embargo es conveniente señalar que los Estados, vía convención, han transmitido la responsabilidad en este caso al operador o explotador de la actividad, sin que ello signifique que cada Estado deberá asegurar por sí el pago, si la garantía del operador no es suficiente. *Cfr.* Teclaff, Ludwick A., "Beyond Restoration. The Case of Ecocide", *Natural Resources Journal*, Nuevo México, vol. 34, núm. 4, 1994, pp. 942-945.

¹³ Sorensen Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, 6a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 152.

¹⁴ Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, s. n. e., Madrid, Mc-Graw-Hill Interamericana, pp. 298-302.

internacionales,¹⁵ a quienes los integrantes de cada organización en particular han transferido esta facultad mediante un tratado. El carácter de estas normas es secundario o *derivado*, ya que se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas que las originan, esto es, a las disposiciones del tratado constitutivo de la organización que las emite. Por otro lado, al ser expedidas con base en la facultad que se ha delegado al organismo internacional por parte de sus integrantes, dichas normas resultan obligatorias para todos los miembros de la organización.

Cabe señalar que por sus efectos el derecho derivado se clasifica entre otros en:

- Actos que implican el deber de examinar de buena fe la posibilidad de cumplir con su contenido normativo.
- Actos de contenido obligatorio cuya forma de realización queda en manos de los miembros de la organización.¹⁶

Dentro de la primera clasificación encontramos a las declaraciones y recomendaciones de la ONU en materia ambiental, provenientes, por ejemplo, de conferencias internacionales; mientras que en la segunda tenemos al derecho derivado de la Unión Europea.

En lo que se refiere a las declaraciones de la ONU (y otros organismos internacionales), coinciden los tratadistas en que a pesar de que pudieran carecer de obligatoriedad, pueden generar normas obligatorias a futuro y ser la base de normas convencionales o consuetudinarias,¹⁷ con lo que contribuyen al desarrollo del derecho internacional. Se conoce a este tipo de normas como *soft-law*,¹⁸ porque carecen de sanción, y en muchos casos se identifican más con compromisos políticos o conductas deseadas a futuro. Sin embargo, como se ha mencionado, su importancia radica en que pueden dar origen a normas convencionales o consuetudi-

¹⁵ Como la ONU, la Unión Europea, la OCDE, etcétera.

¹⁶ Rodríguez Carrión, Alejandro, *Lecciones de derecho internacional público*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, p. 223.

¹⁷ UNAM-Comisión Federal de Electricidad, *El derecho ambiental en América del Norte y el sector eléctrico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 5 y ss.; y Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, *cit.*, nota 3, p. 333.

¹⁸ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*, *op. cit.*, nota 11, pp. 103 y ss.

narias. En caso de daño ambiental transfronterizo podemos citar como principios de *soft-law*:

- El deber de corrección de la fuente de contaminación, mismo que propone la eliminación de los riesgos y la contaminación preferentemente en donde se han generado.
- La equidad intrageneracional e intergeneracional, que establece el deber de conservación de los ecosistemas y sus procesos esenciales, en beneficio de las generaciones presentes y futuras.
- La igualdad de acceso a la impartición de justicia, que impone la obligación de dar oportunidad a los extranjeros afectados por un deterioro ambiental, de acceder a los procedimientos administrativos y judiciales del Estado en donde se ha generado el daño, para proceder a su reparación.
- La no discriminación, en dos vertientes: como complemento del principio anterior en lo que se refiere a la aplicación de la legislación nacional sin distinción a extranjeros; y en segundo lugar como exigencia de los mismos requisitos que se imponen a las actividades que tienen repercusiones al interior del territorio estatal, a quienes tienen proyectada la realización de actividades peligrosas cuyos efectos pueden traspasar las fronteras.
- Alerta rápida, que obliga a dar aviso inmediato en caso de accidentes, a quienes puedan resultar afectados.
- La evaluación, que crea la posibilidad en caso de la instalación de industrias peligrosas que puedan causar daño transfronterizo, de poder someter el proyecto a un examen común de los interesados sin que exista la obligación de adoptar las recomendaciones planteadas.

Es conveniente establecer, además, que algunos otros principios, como el de prevención, precaución, etétera, que en otro tiempo fueron *soft-law*, ya han sido adoptados dentro de la costumbre internacional, por considerar que reúnen los requisitos para ello; por lo tanto, serán materia del inciso correspondiente.

En cuanto a la Unión Europea,¹⁹ se conoce al derecho derivado con el nombre de reglamentos, directivas y decisiones, los cuales son emitidos a fin de dar cumplimiento a los objetivos de esta organización. Estas normas

¹⁹ Que se cita, por ser el tipo de organización de integración más desarrollada.

tienen eficacia directa ante las autoridades administrativas y órganos judiciales de la comunidad, dado que no requieren de actos posteriores para su aplicación. En materia ambiental, a manera de referencia y dada la importancia de estas disposiciones en el desarrollo del derecho internacional, conviene mencionar al Régimen de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Residuos (Propuesta de Directiva de 1o. de septiembre de 1989), que establece la responsabilidad objetiva para el productor y eliminador de residuos, al tiempo que garantiza una indemnización en caso de daños al medio ambiente;²⁰ *El Libro Verde sobre la Reparación de los Daños al Medio Ambiente* (Directiva del 17 de marzo de 1993) que determina la existencia de responsabilidad objetiva o subjetiva para la reparación de los daños al medio ambiente y señala mecanismos de indemnización colectiva con ese fin;²¹ y *El Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental*²² (Propuesta de Directiva del 9 de febrero de 2000) que busca ser la Directiva Marco Comunitaria en Materia de Responsabilidad Ambiental, para unificar los distintos regímenes nacionales de responsabilidad, y poner énfasis además en la protección al ambiente sin dejar de atender los daños a personas y bienes. En este sentido, se pronuncia por la responsabilidad objetiva para todas las actividades riesgosas y por la responsabilidad sin culpa en casos de daños a la biodiversidad causados por actividades no peligrosas, y al ser un régimen único, podría además dar solución a los daños transfronterizos.

Hechas estas observaciones, podemos desarrollar las fuentes contenidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

1. *La doctrina y los principios generales de derecho*

En la actualidad, la doctrina en materia de derecho internacional ambiental se ha desarrollado considerablemente; a pesar de ello, su carácter como fuente es relativo o auxiliar, dado que el estudio, análisis e interpretación del derecho que realizan los publicistas más autorizados no contribuyen de ma-

²⁰ Hannequart, Jean-Pierre, *El derecho comunitario en materia de residuos*, Barcelona, Prom, 1996, p. 161.

²¹ *Ibidem*, pp. 169 y ss.

²² Las observaciones y comentarios a esta propuesta se enviaron a la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Dirección General de Medio Ambiente, Seguridad Nuclear y Protección Civil de la Comisión Europea hasta el 1o. de julio del año pasado, por lo que el proceso para su adopción aún no se ha concluido.

nera directa a la creación de la norma internacional, únicamente "... arrojan luz sobre el derecho internacional y vuelven más fácil su formación..."²³ sobre todo cuando son propositivos.

En este sentido, citamos por su obra especializada en derecho internacional ambiental a los profesores Dupuy, Alexander Kiss, José Juste Ruiz y Ramón Martín Mateo, quienes han desarrollado la institución de la responsabilidad por daño ambiental, a través de aportaciones sustantivas sobre la responsabilidad objetiva. Incluso, el profesor Kiss, por su reconocida experiencia en la materia participó como asesor de Hungría en el asunto Gabcíkovo-Nagymaros, en donde se argumentó entre otras cosas la existencia de un estado de necesidad ecológico como excluyente de responsabilidad, y la terminación del tratado suscrito por los interesados, debida a la aparición de normas consuetudinarias de derecho internacional del medio ambiente.²⁴ En este y otros asuntos también son de importancia las aportaciones del juez Weeramantry, de la Corte Internacional de Justicia, quien a través de opiniones disidentes se ha pronunciado sobre el desarrollo sostenible y algunos principios de derecho ambiental consuetudinario.²⁵

Por otra parte, el juez italiano A. Postiglione, en atención a la complejidad de la protección ambiental universal, ha propuesto la creación de un tribunal internacional para el medio ambiente. Según su particular punto de vista, el tribunal sería un órgano permanente de las Naciones Unidas, compuesto por quince jueces elegidos por la Asamblea General para un periodo de siete años.²⁶

Por último, dentro de las aportaciones de la doctrina al derecho internacional podemos señalar la Declaración de Limoges, emitida el 15 de noviembre de 1990, en el marco de la Reunión Mundial de Asociaciones

²³ Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 20a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 107.

²⁴ Rodrigo Hernández, Ángel, "La aportación del asunto Gabcíkovo-Nagymaros al derecho internacional del medio Ambiente", *Anuario de Derecho Internacional Público*, Pamplona, núm. XIV, 1998, pp. 795 y ss.

²⁵ Respecto del primero, señaló que se trata de un concepto que en la actualidad tiene valor normativo y en lo que hace a los segundos, manifestó que al dictarse la sentencia se desaprovechó la oportunidad de determinar su naturaleza, ya que en la actualidad tienen gran aceptación, aunque no se conoce el grado en que obligan.

²⁶ Rodrigo Hernández, Ángel, "La aportación del asunto Gabcíkovo-Nagymaros al derecho internacional del medio ambiente", *op. cit.*, nota 24, p. 787.

de Derecho Ambiental, en donde se hace referencia en los siguientes términos a la responsabilidad sin culpa (objetiva) por daños al entorno:²⁷

El principio de la responsabilidad objetiva por daños ecológicos debe ser afirmado por todos los textos nacionales e internacionales como un principio general, salvo lo que concierne a la responsabilidad penal. Este principio no sólo debe aplicarse a las actividades peligrosas. Debe aplicarse en todos los supuestos de daños ecológicos.

Sobre los principios generales de derecho, en tanto postulados de aplicación universal, aceptados en todos los sistemas jurídicos y cuya observancia es obligatoria ya que "...constituyen principios de justicia o de lógica jurídica implícitos en la idea misma del Derecho..."²⁸ podemos mencionar a los siguientes en materia de daño ambiental a nivel internacional:

- La obligación de reparar el daño. Establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional desde 1928 en el *asunto de la Fábrica de Chorzow*, este principio señala "... que el incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación en forma adecuada..."²⁹ Por lo tanto, siempre que se causen daños al medio ambiente de otro Estado existirá la obligación por parte del Estado de origen, de reparar dichos daños de manera que se restablezca la situación que habría existido de no verificarse los mismos (reparación *in natura*).
- La responsabilidad objetiva. M. Kelston, Goldie, Guiseppa Tesaurio y Alonso Gómez-Robledo coinciden en que la misma es un principio de derecho internacional que debe aplicarse cuando una actividad riesgosa ha ocasionado daños.³⁰ Consiste en que no es necesario que el Estado haya violado una norma de derecho internacional, para que se le impute responsabilidad y por lo tanto asuma la obligación de reparar los daños ocasionados al ambiente. Se basa en el razonamiento de que si no es posible prohibir ese tipo de activida-

²⁷ Cabanillas Sánchez, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*, s. n. e., Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 43.

²⁸ Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, *op. cit.*, nota 14, p. 330.

²⁹ Sorensen Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, *op. cit.*, nota 13, p. 534.

³⁰ Gómez-Robledo Verdusco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, *op. cit.*, nota 6, pp. 17 y ss.

des, sí pueden reducirse los posibles daños a través de este tipo de responsabilidad.

- La buena vecindad. Complementa el principio anterior, e implica la no creación de situaciones de peligro del territorio de un Estado al territorio de otro, con la consecuente aplicación en materia ambiental, ya que ningún Estado podrá generar dichas situaciones en perjuicio del entorno de los Estados vecinos.
- La negociación. Entendida como la obligación de conciliar mediante concesiones mutuas, cualquier tipo de intereses contrapuestos que deriven del hecho de compartir fronteras, y en particular cuando la controversia se refiera a la materia ambiental.
- El agotamiento de los recursos locales. Como principio de derecho internacional general, deberá ser observado por la parte afectada a fin de obtener la reparación de los daños al medio ambiente, a través de los mecanismos que para tal efecto estén previstos en el sistema jurídico interno del responsable. Esto, a fin de que se acuda únicamente al ámbito internacional cuando se hayan agotado los recursos sin que se haya obtenido la reparación, cuando no existan los procedimientos internos *ad hoc*, sean ineficaces; o cuando los daños hayan sido de tal magnitud que afecten el interés colectivo de uno o más Estados.

Los principios a que hemos hecho referencia, al ser ampliamente aceptados en todos los sistemas jurídicos por considerarse fundamentales, son el eje central de muchos tratados, además de que se constituyen en auxiliares de los juzgadores al momento de resolver casos concretos, ya que *pueden aplicarse de manera directa* al asunto cuando no hay alguna regla (convencional o consuetudinaria) formulada.³¹ Ésta es su mayor utilidad, sin perjuicio de que a la vez son el origen de muchas prácticas consuetudinarias y principios de *soft-law*.

2. La costumbre internacional

La costumbre internacional es la práctica uniforme y reiterada de determinados actos por parte de los Estados, con la plena convicción de que dicha práctica es jurídicamente obligatoria. Su importancia reside en

³¹ Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, *op. cit.*, nota 23, p. 105.

que es un proceso dinámico de creación de normas internacionales, de acuerdo con las necesidades de la comunidad internacional.

En materia ambiental, el contenido de estos actos uniformes y reiterados ha sido plasmado en convenios, resoluciones, recomendaciones y declaraciones, que son frecuentemente invocadas en la jurisprudencia internacional. Sin embargo, presentan algunos problemas para su estudio y aplicación, porque muchos de ellos son de reciente adopción, además de que no existe un criterio uniforme para considerar a las mismas prácticas como costumbre internacional. Podemos mencionar, por ejemplo, que mientras Carlos Casadevante³² enumera como normas consuetudinarias la obligación de prevenir, la diligencia debida, la utilización equitativa y razonable de los recursos naturales, la buena fe, la negociación, la reparación, el deber de no causar daños, la no discriminación, igualdad de acceso y trato, y la evaluación del impacto ambiental, Cesáreo Gutiérrez sólo menciona el uso diligente del territorio, la información y notificación, y el uso equitativo de los recursos compartidos.³³

A continuación desarrollamos algunos de ellos:

- La debida diligencia.³⁴ Expresada en la frase *sic utere tuo ut alienum non laedas*, es el deber que tienen los Estados de no permitir que en su territorio o bajo su jurisdicción se realicen actividades (por sí o por otras personas) que causen daños al medio ambiente de otros Estados más allá de las fronteras.³⁵ El obrar con la debida diligencia implica adoptar las medidas necesarias para que en caso de que se realicen actividades peligrosas se tomen todas las medidas necesarias para reducir el riesgo y asegurar una reparación si llegaran a producirse daños. Existe además la posibilidad de que

³² Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., nota 11, p. 55-97.

³³ Cfr. Gutiérrez Espada, Cesáreo, "La contribución del derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo", *Anuario de Derecho Internacional Público*, Pamplona, núm. XIV, 1998, p. 145.

³⁴ La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, del 8 de julio de 1996, declaró que este principio tiene carácter consuetudinario. Cfr. Rodrigo Hernández, Ángel, "La aportación del asunto Gabcikovo-Nagymaros al derecho internacional del medio ambiente", *Anuario de Derecho Internacional Público*, op. cit., nota 24, p. 792.

³⁵ En los últimos años este principio acuñado en *el asunto de la Fundición Trail* (1941), se amplió al deber de protección del medio ambiente, del ámbito transfronterizo de terceros Estados, a las zonas situadas más allá de toda jurisdicción estatal.

esta obligación se adapte a las circunstancias de cada caso, de manera congruente con la realidad internacional y compatible con las diferencias económicas, sobre todo para los países en vías de desarrollo. Por otra parte, debe comprender también el grado en que un Estado se ha preocupado por disponer de un sistema jurídico eficiente, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido.

- El principio quien contamina, paga.³⁶ Su significación se centra en el deber que tiene la persona (física o jurídica) responsable de generar polución, de absorber en todo o en parte los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación. Su aplicación es general en el derecho ambiental.
- El principio de precaución. Implica la adopción de las medidas necesarias para evitar daños al ambiente, desde que existen indicios de que una actividad determinada causa riesgos, aunque no se tengan certeza de que los daños llegarán a verificarse. Por ello se determina que la actividad riesgosa deberá realizarse bajo el más estricto control. Cabe mencionar que el cumplimiento de este deber no excluye la responsabilidad cuando se han verificado los daños.
- La prevención.³⁷ Como obligación, ha sido recogida en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. Establece que la contaminación, más que combatirse, debe evitarse, para no tener que llegar a sufrir las consecuencias de una actividad dañina. Coinciden muchos autores en que dicha obligación deriva de la casuística internacional, refiriéndose en particular a la resolución del *caso Trail Smelter*.
- El deber de cooperación. Este principio, de reciente adopción, pone de manifiesto la necesidad de la colaboración en todos los niveles y sentidos, para prevenir o combatir la contaminación. Implica el intercambio de información en caso de realización de actividades riesgosas, así como antes y durante la realización de las mismas, y en ninguna manera excluye la responsabilidad.

³⁶ Sobre éste y los principios siguientes *cf.* Hannequart, Jean-Pierre, *El derecho comunitario en materia de residuos*, *op. cit.*, nota 20, p. 71.

³⁷ Según algunos autores, este principio hace posible una protección más eficaz del medio ambiente. *Cfr.* Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, t. I, p. 589.

- La utilización equitativa y razonable de los recursos naturales.³⁸ Complementa al principio de la debida diligencia, al señalar que todos los Estados pueden participar de los beneficios de un recurso natural compartido, en una proporción razonable para que cada uno de ellos pueda satisfacer sus necesidades.

En conclusión, cabe señalar que es obligatorio para los Estados observar los principios establecidos por la costumbre internacional, siempre que ésta contenga los elementos materiales (práctica uniforme y reiterada) y psicológico (convicción de obligatoriedad) señalados.

3. *La jurisprudencia y los fallos judiciales*

Una de las fuentes en donde más se ha tenido la oportunidad de desarrollar la institución de la responsabilidad del Estado por daño ambiental transfronterizo es la jurisprudencia.

A través de la aplicación de la norma al caso concreto, no sólo se resuelven conflictos particulares, sino también se contribuye además a fijar el contenido y alcance de otras fuentes de derecho internacional, como la costumbre y los principios generales. De ahí que se considere a las decisiones judiciales como método auxiliar en la creación de la norma internacional. Por otra parte, las características mencionadas hacen posible que esas decisiones puedan ser utilizadas a manera de referencia en casos futuros.

El precedente clásico en materia de daño ambiental transfronterizo es la resolución del *asunto de la Fundición Trail Smelter*, que data de 1941, año en que un tribunal arbitral resolvió el asunto que le plantearan los Estados Unidos y Canadá, referente a la contaminación generada en territorio canadiense por una fundición. Dicha contaminación ocasionó daños a tierras y cultivos en los Estados Unidos. Este asunto se constituyó en la piedra angular de la institución de la responsabilidad del Estado y posteriormente del derecho internacional del ambiente. Sólo a manera de referencia debemos señalar que dio origen a la responsabilidad objetiva, y estableció por primera vez el deber de proteger el ambiente de manera integral de los daños que se le pudieran causar a consecuencia de actividades realizadas en un territorio ajeno.

³⁸ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., nota 11, p. 60.

En 1949 la Corte Internacional de Justicia tuvo también la oportunidad de pronunciarse sobre el deber de todo Estado de impedir la utilización de su territorio para fines contrarios a los derechos de terceros Estados. El asunto que motivó esta determinación fue planteado por la Gran Bretaña, quien solicitó que se declarara la responsabilidad de Albania por los daños causados a buques británicos debidos a la explosión de un campo de minas en aguas territoriales de Albania (Estrecho de Corfú). La responsabilidad que se imputó a dicho Estado no fue por el hecho de haber colocado las minas, sino porque la colocación no pudo haberse hecho sin su conocimiento, por lo cual era responsable de advertir sobre los riesgos, a fin de evitar el surgimiento de daños. Éste es un principio que en la actualidad impera en el caso de actividades ultrarriesgosas que ponen en peligro el medio ambiente, ya que la responsabilidad se imputa al Estado, aun cuando él no haya realizado la conducta generadora de daños por sí, puesto que, como se verá más adelante, se tiene la obligación de velar por que en el territorio propio no se realicen actividades que puedan ocasionar daños al territorio de otros Estados (debida diligencia).

Otro precedente de importancia es el *asunto del Lago Lannoux*, donde el tribunal arbitral al que se sometió la cuestión señaló en 1957 que para haber podido resolver a favor de España, se debió argumentar que los trabajos a realizarse por Francia tendrían como consecuencia "...una contaminación definitiva de las aguas del Río Carol; o que las aguas residuales (de la hidroeléctrica proyectada) tendrían una composición química, una temperatura o alguna característica que pudiese ocasionar perjuicio a los intereses españoles".³⁹ De esta forma se admitió implícitamente el deber de un Estado de abstenerse de realizar una conducta que pueda dañar el medio ambiente de otro.

Los tres precedentes citados, como se ha mencionado, constituyeron la fuente de los Principios 21 de la Declaración de Estocolmo, y 2 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Otros asuntos en donde se ha aplicado el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* en materia ambiental, o la responsabilidad por daño ambiental transfronterizo, son:

- El *caso W. Poro vs. Houillires du Bassin de Lorraine*, en donde el propietario de un hotel en Kleinblittersdorf, Alemania, presentó en

³⁹ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, op. cit., nota 6, p. 49.

1957 una demanda por los daños ocasionados a la agricultura y a los centros de recreo de esa localidad, a consecuencia de las emanaciones provenientes de la compañía minera French Lorraine Bassin Mining Company ubicada en territorio francés. La resolución (de acuerdo con las reglas de derecho internacional privado) condenó a la responsable a la reparación de los daños, en tanto que una comisión intergubernamental *ad hoc* ordenó la instalación de equipo anticontaminante, financiado por los gobiernos alemán y francés, de acuerdo con lo establecido en el anexo 8 (Del Control de Contaminación Transfronteriza) del Tratado SAAR de 1956.

- El asunto *Garrison Diversion*⁴⁰ entre Canadá y Estados Unidos, en el que Canadá solicitó en 1970 la revisión del proyecto que pretendía desviar el río Missouri hacia la parte este y central de Dakota del Norte, ya que éste afectaría la calidad de las aguas de los ríos Souris, Assiniboine y Rojo, que corren hacia Canadá. En este asunto se argumentó con base en el Tratado de Aguas Fronterizas de 1909, que “...las aguas no pueden ser contaminadas en ningún lado a efecto de lesionar la salud o la propiedad en el otro...”, y la Comisión Internacional Conjunta que actuó con base en el tratado mencionado determinó que una parte del proyecto afectaría los intereses de Canadá, por lo que no debería ser construida.
- El caso *Montedison*, en el cual la Corte Italiana sentenció en 1974 al presidente del consejo y a cuatro ejecutivos de una fábrica de dióxido de titanio, a tres meses y veinte días de prisión por el vertido de desechos industriales en aguas internacionales. En el mismo asunto, Francia condenó en 1976 a la fábrica Montedison al pago de 13 millones de dólares por concepto de daños.
- El asunto *de las Minas de Potasio de Alsacia*, en donde una fundación multinacional para la defensa del medio ambiente y un holandés propietario de un invernadero localizado en la parte baja del Rin presentaron en 1974 una demanda en contra una compañía minera localizada en Francia, por haber contaminado las aguas del río a consecuencia del vertido de desechos. Este asunto dio origen a dos conferencias interministeriales, a partir de las cuales se acordó llevar a cabo medidas conjuntas para controlar la contaminación del río.

⁴⁰ Sobre este y otros asuntos *cfr.* Díaz, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y contaminación. Aspectos jurídicos*, México, Porrúa, 1982, pp. 90-123.

En cuanto a la responsabilidad en particular, en 1993 el Estado de Nauru solicitó a la Corte Internacional de Justicia que determinara la responsabilidad internacional de Australia "... por los daños causados al medio ambiente en la explotación de los fosfatos y por el incumplimiento de la obligación de rehabilitación de las tierras establecida por la Resolución 2111 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como por la violación del principio de equidad intergeneracional incluido en el artículo 5o. del Acuerdo de Fideicomiso sobre Nauru".⁴¹ Este asunto se solucionó mediante un acuerdo extrajudicial (consistente en el pago de 107 millones de dólares australianos y ventajas comerciales), pero resalta el hecho de que la Corte se haya declarado competente para conocer este tipo de controversias, en donde se solicita por parte de un Estado determinar la responsabilidad por daño ambiental en general.

En 1995 se sometió también a la Corte Internacional la controversia surgida por los ensayos nucleares llevados a cabo por Francia en el Pacífico. Nueva Zelanda solicitó al tribunal que se pronunciara sobre la obligación de los Estados de no causar daño ambiental a espacios más allá de su jurisdicción nacional, y aunque tampoco hubo una resolución sobre el fondo del asunto, la Corte reiteró la obligación de respeto y protección del medio ambiente natural.

Mención aparte merece la sentencia de la Corte Internacional, del 25 de septiembre de 1997, relativa al *asunto Gavčíkovo-Nagymaros*, en donde se planteó la siguiente cuestión:

Hungría y Eslovaquia (Checoslovaquia en ese entonces), mediante un tratado del 16 de septiembre de 1977 acordaron llevar a cabo un proyecto para la construcción y funcionamiento de un sistema de presas, a fin de producir energía de manera conjunta, mejorar la navegación en el Danubio, mantener la calidad de las aguas y proteger el medio ambiente.

Hungría suspendió y abandonó las obras bajo el argumento de la existencia de un estado de necesidad ecológico (excluyente de responsabilidad), además de señalar que la ejecución del tratado podía implicar la violación de normas consuetudinarias ambientales surgidas de manera posterior. Eslovaquia, por su parte, construyó un dique en Cunovo, con lo que desvió las aguas del río y violentó el derecho de uso de Hungría a una parte equitativa y razonable de un curso de agua internacional. Por

⁴¹ Rodrigo Hernández, Ángel, "La aportación del asunto Gavčíkovo-Nagymaros al derecho internacional del medio ambiente", *Anuario de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, nota 24, pp. 770-794.

esta causa, Hungría, mediante un comunicado verbal, dio por terminado el tratado en mayo de 1992.

Uno de los puntos que la Corte debía resolver era si la suspensión y abandono de la aplicación del tratado constituían la violación de una obligación internacional (un acto ilícito), con la consecuencia de haber incurrido en responsabilidad por incumplimiento; todo ello debido a la aparición de normas consuetudinarias posteriores. Por haberse suspendido el tratado, y haber privado a Hungría del uso equitativo y razonable de un curso de agua internacional, se determinó que sí existió una violación, por lo que las partes habían incurrido en responsabilidad y deberían fijar las bases para determinar la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios. Respecto al incumplimiento debido a la posterior aparición de normas consuetudinarias, la Corte resolvió que, efectivamente, nuevas disposiciones consuetudinarias habían surgido, pero que en ningún momento eran incompatibles con el tratado, e incluso podrían complementarlo, además de que es preferible aplicar las disposiciones de un tratado, a las normas consuetudinarias posteriores.

Resaltan en esta resolución, la prioridad que se da a las normas convencionales sobre las prácticas ambientales consuetudinarias, además de no haberse probado el estado de necesidad ecológico como excluyente de responsabilidad por hecho ilícito argumentado por Hungría, al señalar que para dicho Estado el realizar el proyecto implicaría atentar contra el medio ambiente, cuya protección es un interés fundamental.

De suma importancia a su vez fue el hecho de que la Corte dejó entrever que la obligación de no causar daños, la necesidad de la evaluación de los riesgos ecológicos de una actividad determinada y el deber de conciliar desarrollo y medio ambiente, tendría muy pronto (si no es que ya lo tiene), un carácter de derecho consuetudinario.

Para concluir, haremos referencia a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia a solicitud de la OMS en 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, en donde se señala que la obligación general de que los Estados velen por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional, forma parte ya del *corpus del derecho internacional del ambiente*.⁴² De esta ma-

⁴² Benadava, Santiago, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997, p. 223.

nera se ratificó el principio de buena vecindad o debida diligencia, y se afirmó su vigencia en materia de daños producidos al ambiente de otros Estados; además de que se amplió este deber hacia otros espacios que no están bajo la jurisdicción estatal, como la Antártida, los fondos y oceánicos, los mares internacionales y la estratosfera, de entre otros.

Como podemos observar, las decisiones judiciales han contribuido a fijar y establecer el contenido de la obligación de no causar daños al ambiente más allá de las fronteras del Estado en donde se realizan actividades riesgosas, para no incurrir en responsabilidad internacional.

4. *La resolución del caso Trail Smelter*

Se había ya manifestado que el *Caso de la Fundición Trail*⁴³ es fundamental en el desarrollo de la responsabilidad del Estado por daño ambiental transfronterizo. Coinciden los autores en señalar además, que es el precedente clásico en la materia, e incluso

Alexandre Kiss ha expresado que difícilmente no podría insistirse demasiado sobre la importancia del *caso Trail*, ya que para comenzar el acuerdo de arbitraje en sí es de gran relevancia, en la medida en que en él se consagra un instrumento de responsabilidad del Estado por actos de contaminación, cuyo origen se encuentra dentro de su propio territorio, ocasionando daños en el territorio de terceros Estados, lo que demuestra la insuficiencia de la técnica de la responsabilidad para solucionar el diferendo, necesitando ir más allá. Vale decir hacia una reglamentación común y cooperación entre los Estados interesados.⁴⁴

⁴³ Cuyos antecedentes son algunos fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y en particular el asunto *Georgia vs. Tennessee Copper Co. y Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co.* en 1906, en donde Georgia solicitó que se prohibiera a los demandados establecidos en Tennessee descargar gases nocivos al ambiente, ya que éstos eran llevados por las corrientes de aire hasta su territorio, en donde habían ocasionado daños a bosques, huertos, cultivos y otros. Además de condenar a los demandados a la reparación de los daños se afirmó que sus actividades en lo futuro no deberían ocasionar daño ni riesgo de daño al territorio de Georgia. *Cfr.* Barros, James y Johnston, Douglas M., *Contaminación y derecho internacional*, trad. de Flora Setaro, Buenos Aires, Editorial Marymar, 1977, pp. 4, 51 y ss.

⁴⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público, op. cit.*, nota 10, p. 294.

La resolución de este asunto no sólo es fundamental en el desarrollo de la institución, sino que contribuyó a su establecimiento, al determinar que es una obligación del Estado vigilar que la realización de actividades dentro de su territorio, no causen daños a otros Estados. La situación se verificó de la siguiente manera:⁴⁵

Cerca del nacimiento del río Columbia, en Canadá, en un sitio llamado Trail, se instaló en 1896 una fundición de zinc y plomo, misma que diariamente emanaba grandes cantidades de bióxido de azufre de alta concentración. La distancia entre esta población y la línea fronteriza con los Estados Unidos era de 11 millas a través del curso del río. A partir de 1925 y hasta 1931 se verificaron daños en tierras y cultivos del Estado de Washington, mismos que parecía se debían a las emanaciones de bióxido de azufre provenientes de la Fundición Trail. Dadas las circunstancias, en 1927 Estados Unidos propuso a Canadá remitir la cuestión a una comisión internacional conjunta, la cual, después de recibir pruebas e informes científicos, determinó que se pagaría una compensación de 350,000 dólares por los daños ocasionados hasta enero de 1932, además de que se debían tomar medidas para reducir las emanaciones. Dos años después seguían verificándose daños, por lo que el asunto se sometió a arbitraje, mediante la firma de un acuerdo.

El tribunal arbitral debía resolver las siguientes cuestiones: si los daños sufridos en Washington procedían de la Fundición Trail. De ser afirmativo el primer punto, si era procedente exigir a la fundición que se abstuviera de causar daños, y finalmente, qué medidas o régimen debería adoptar a partir de entonces la fundición y cuál sería la indemnización correspondiente.

Al respecto, se determinó que los daños sí eran a consecuencia de las emanaciones de la fundición (las corrientes superiores de aire habían arrastrado los contaminantes); por lo tanto, la fundición debía abstenerse de causar daños hasta el 1o. de octubre de 1940, y ante la imposibilidad de adoptar un régimen permanente para el funcionamiento de la fundición, se determinó que debía restringir su producción, y se estableció un programa de evaluaciones periódicas en el sitio, a cargo de expertos y consejeros técnicos.

⁴⁵ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 237 y ss.

Al señalarse el deber de la fundición de no causar daños en lo futuro, se abordaron en la siguiente conclusión los aspectos de la institución de la responsabilidad del Estado, que han hecho célebre el laudo arbitral:

Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de manera tal que por emanaciones de gases se ocasionen daños dentro del territorio de otro Estado, o sobre las propiedades o personas que ahí se encuentren, cuando se trate de consecuencias graves y el daño sea determinado mediante pruebas ciertas y concluyentes.⁴⁶

Esta conclusión nos lleva a pensar que la prohibición de determinadas actividades que se consideran nocivas para el entorno sería prácticamente imposible, dado que implican un beneficio para la comunidad; por ejemplo, producen satisfactores y generan fuentes de empleo; por lo tanto, es necesario sujetar su ejercicio a un régimen de responsabilidad (objetiva), ya que por lo general se trata de actividades con un alto potencial de riesgo que puede llegar a ocasionar daños de gravísimas consecuencias.⁴⁷

La trascendencia de la resolución ha hecho que sea tomada como referencia en las resoluciones sobre asuntos de materia ambiental, e incluida en todos los tratados sectoriales que existen en la actualidad, en donde se le cita incluso de manera textual.

5. *Los tratados*

La celebración de tratados ha sido la forma más conveniente de prevenir daños que afecten el territorio de otros Estados y de establecer los mecanismos para resolver conflictos sobre el particular. Se observa que en el ámbito bilateral (donde hay fronteras compartidas) se tienen mayores posibilidades de cooperación y disponibilidad, por lo que esta institución se ha desarrollado con más amplitud.

Regularmente estos tratados contienen disposiciones de carácter general, por lo que son desarrollados a través de protocolos, e incorporados al sistema jurídico de los Estados parte, en donde muchas veces requieren

⁴⁶ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, op. cit., nota 6, p. 40.

⁴⁷ En la actualidad estos daños no sólo implican un menoscabo material o patrimonial individual, sino también catástrofes ecológicas con efectos adversos sobre el medio ambiente y la colectividad.

de implementación legislativa y administrativa, para lograr su aplicación interna. Cuando existe un nivel más amplio de cooperación entre los interesados, se ha logrado que en dichos tratados se contemple la conformación de comisiones, comités, grupos de trabajo, paneles y mecanismos de solución de conflictos.

IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INSTITUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑO AMBIENTAL

La responsabilidad internacional es aquella institución que establece la obligación de reparar a un sujeto de la comunidad internacional el daño que se le ha causado, por el hecho de haber infringido una norma (también de carácter internacional) en su perjuicio. La mayoría de los autores coinciden en los siguientes elementos:

- Existencia de una conducta, traducida en una acción u omisión, que viola una norma jurídica internacional.
- Imputabilidad de dicha conducta al Estado como persona jurídica.
- Producción de un daño o perjuicio a consecuencia de la comisión de la acción u omisión imputable al Estado.

No obstante, para determinar las consecuencias jurídicas de la conducta imputable al Estado y las sanciones aplicables habrá que hacer referencia a estos elementos de una forma más detallada. Para ello habremos de mencionar a los sujetos que pueden llevar a cabo la conducta violatoria de la norma internacional, al hecho que constituye en sí la violación de dicha norma, al daño o consecuencia de la conducta y a la reparación. Esto en primer lugar de manera genérica y después en relación con el daño ambiental transfronterizo.

Sujetos

En tanto la conducta que infringe la norma internacional debe ser imputada a un sujeto en particular para que constituya un elemento de la responsabilidad, deberá asentarse desde ahora que el Estado es el sujeto que realiza dichas conductas contrarias al contenido de la obligación internacional. Pero no es tan sencillo determinar que un hecho corresponde al Estado como persona jurídica, porque el Estado, al no actuar por sí, lo

hace a través de sus órganos de competencia. Este es el primer problema que habrá de surgir para determinar la responsabilidad. En segundo lugar, es posible que la conducta contraria a la norma internacional provenga de un particular, por lo que habrá de preguntarse si la responsabilidad opera de la misma manera. Tratar de dar una respuesta a las dos cuestiones precedentes será el objeto de los siguientes apartados.

A. *El Estado*

Si se considera que en la responsabilidad internacional, por un lado, existe un sujeto que ha violado una norma cuya observancia estaba obligado a cumplir; y por otro un sujeto en perjuicio del cual se ha cometido la infracción, el que a su vez tiene el derecho a exigir que se le repare el daño derivado del incumplimiento de la norma jurídica, podemos establecer que el Estado, como sujeto de derecho internacional por excelencia, es a quien ha de ser imputada la responsabilidad derivada de una conducta contraria a lo que de él exige la norma internacional. Esta conducta, que se convierte en una acción u omisión, en primera instancia sólo puede ser realizada por los órganos del Estado, puesto que al tratarse de una persona jurídico-colectiva, el Estado actúa a través de personas físicas, las cuales representan a los órganos de competencia.

No se trata únicamente del órgano encargado de las relaciones internacionales, ya que otros órganos en su actuar pueden violar normas de derecho internacional, con lo que afectan los derechos de otros Estados. La práctica internacional ha demostrado que se trata en sí de todos los órganos del Estado que actúen con ese carácter en cualquier nivel, de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas de poder público, de órganos puestos a su disposición por otro Estado, de movimientos insurreccionales que se conviertan en gobierno del Estado, e incluso de personas que *de iure* o *de facto* actúen en su nombre.⁴⁸

Por tanto, concluimos dando respuesta a la primera cuestión que nos planteamos, que las conductas que ocasionan un menoscabo material o patrimonial a otro Estado provienen de alguno de los órganos de competencia o de algún otro de los sujetos citados en el párrafo anterior. A estos últimos se les hace esa imputación por cuestiones de seguridad en las re-

⁴⁸ Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *La responsabilidad internacional, aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, op. cit., nota 8, p. 115.

laciones internacionales, ya que el Estado tiene la obligación de prevenir, reprimir o sancionar las conductas de cualquiera de ellos que puedan comprometerlo en el ámbito internacional. Esta regla se aplica por lo tanto en los daños al medio ambiente más allá de las fronteras del Estado, causados por una conducta proveniente de alguno de los sujetos mencionados.

B. *Los particulares*

Siempre se ha discutido si al individuo puede atribuirse la comisión de una conducta por la que deba responder el Estado. El derecho ambiental internacional es tan sólo una de las materias que nos da algunas directrices para establecer que esto sí es posible.

Pensemos en el supuesto en el que una industria altamente contaminante vierte sus desechos en un curso de agua que corre por varios territorios; a consecuencia de ello se presenta una alteración en la calidad de las aguas, lo cual hace imposible su normal utilización. Al tratar de hacer responsable a alguien de los efectos adversos del vertido de desechos, del deber de evitar que dicha conducta continúe, y de la reparación consiguiente, la primera persona que viene a la mente es el dueño o responsable de la industria en cuestión. Esto, porque nos parecería poco atinado presentar al Estado de origen una solicitud de reparación, dado que podríamos pensar que no es posible que el Estado se encuentre al tanto de lo que hagan o dejen de hacer sus gobernados.

Sin embargo, no hemos reparado en que al interior de los Estados existe una normatividad que establece el régimen y niveles permitidos de descargas, y además toda una serie de disposiciones que regulan el establecimiento y funcionamiento de industrias, por lo que debieron de haberse expedido a favor de la industria licencias o autorizaciones con tal fin; con ello el Estado se encuentra enterado de la actividad industrial que se realiza al interior y de acuerdo con el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, el Estado es responsable de la conducta del particular, por encontrarse la persona física o colectiva bajo su jurisdicción o control y no ser posible en el ámbito internacional presentar una reclamación en contra del particular, a menos que se trate de una conducta que se encuentre tipificada como crimen.⁴⁹

⁴⁹ Los crímenes son violaciones a las obligaciones esenciales para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad conocidas como obligaciones *erga omnes*,

Se asignará pues la responsabilidad al Estado, como ya habíamos mencionado, por la falta de prevención o represión de la conducta mencionada o por omitir la diligencia debida. Apoya esta afirmación el contenido de muchos textos internacionales, que imponen al Estado obligaciones en relación con los actos de particulares, como vigilar, controlar, evitar, prevenir o impedir, se genere la contaminación, así como la práctica diplomática; por ejemplo, en la indemnización otorgada a Yugoslavia por Austria en 1959, por la contaminación causada por el vaciado de los embalses de centrales hidroeléctricas en el río Mura.⁵⁰

En síntesis, cuando la contaminación transfronteriza proviene de la actividad de un particular, el Estado será responsable de los daños causados, por haber omitido prevenir o sancionar esas actividades realizadas en su territorio, o bajo su jurisdicción, siempre que los daños causados lo sean a otro Estado y no a un particular.

Dicha responsabilidad se identifica con las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, como la utilización de la energía nuclear, la explotación y transporte de hidrocarburos, y el tratamiento de residuos peligrosos, de entre otros, cuyos efectos rebasan la jurisdicción nacional, en donde además el Estado es el único que puede garantizar una reparación efectiva,⁵¹ y se le ha denominado respon-

por lo que se autoriza a cualquier Estado de la comunidad a reclamar la responsabilidad, aunque no haya sido directamente lesionado a consecuencia de dicha violación. El artículo 19 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado por Hecho Ilícito enuncia dentro de los crímenes "...la violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares". Esta mención obedece al deber del cuidado del medio ambiente, como imperativo de solidaridad para las generaciones presentes y futuras, y en tanto que se trata de una obligación que tutela un interés fundamental de la comunidad internacional, se busca castigar con mayor rigor al responsable, a través de la imposición de otro tipo de sanciones junto al deber de reparación. De hecho, existe un antecedente en donde la Organización de las Naciones Unidas a través de resoluciones ha establecido mecanismos de reparación y sanciones a Irak, por haber incurrido en responsabilidad por daño ambiental al verter grandes cantidades de petróleo crudo al mar, e incendiar más de 500 pozos, con lo que ocasionó una contaminación masiva de los mares y de la atmósfera en la Guerra del Golfo. *Cfr.* UNAM-Petróleos Mexicanos, *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 161.

⁵⁰ Díaz, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y contaminación. Aspectos jurídicos*, *op. cit.*, nota 10, pp. 98 y 99.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 125-130.

sabilidad objetiva. Ésta es la regla general, porque si hay una disposición específica en un tratado que haga recaer la responsabilidad de un daño ambiental transfronterizo sobre un particular, como en el caso de contaminación por hidrocarburos o por energía nuclear, dicha responsabilidad será asumida por quien explote esa actividad, de acuerdo con lo aplicable a las partes conforme al contenido del tratado, reservándose al Estado una responsabilidad subsidiaria o suplementaria.

En lo relativo a la legitimación del Estado para solicitar una reparación a nombre de uno de sus nacionales, según lo establecido por el Tribunal de La Haya en el asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina:

Es un principio elemental de derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al encargarse de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional...⁵²

Por lo que no existe ningún problema para realizar la reclamación a nombre de sus nacionales, y en particular, en caso de daño ambiental transfronterizo.

C. La violación a la obligación internacional

Como ya se mencionó, para que el Estado incurra en responsabilidad es necesario que la conducta realizada implique una infracción de una obligación internacional. Esta obligación puede estar contenida en un tratado, o derivar de la costumbre internacional.

Para una mejor comprensión de este tema vamos a referirnos a la clasificación que agrupa a las normas internacionales en normas primarias y normas secundarias.

Las normas primarias son aquellas que imponen derechos y obligaciones a los sujetos de la comunidad internacional; en todo caso se trata de

⁵² Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, *op. cit.*, nota 9, p. 568.

conductas jurídicamente deseables para hacer posible la convivencia pacífica entre dichos sujetos. Cuando en la práctica, un sujeto no realiza lo dispuesto por la norma, es necesario recurrir a las normas secundarias, ya que su contenido precisamente establece las sanciones que se han de aplicar debido al incumplimiento; de esta manera se garantiza la sujeción de todas las conductas al derecho.

La responsabilidad, entonces, se encuentra ubicada dentro de las normas secundarias, y habrá que hacer uso de ellas cuando por parte de un sujeto internacional exista la comisión de una conducta distinta a lo que de él exige la norma internacional; es decir, cuando haya una violación de una obligación internacional.⁵³

De ello se concluye que el propio derecho internacional nos da los elementos necesarios para saber cuándo una conducta es contraria a lo exigido por la norma internacional; por lo tanto, no es relevante si la misma conducta es considerada como una obligación en el derecho interno. Lo que sí es indispensable es que la obligación se encuentre en vigor para el Estado en cuestión; de lo contrario sería imposible exigir su cumplimiento.

Lo anterior resulta aplicable a la materia ambiental. En tal caso existe como norma primaria la obligación internacional de no causar daños al ambiente de otro Estado. Si llega a observarse una conducta con un resultado distinto, habrá lugar a la aplicación de una norma secundaria, esto es, de una sanción, a través de la determinación de la responsabilidad.

En resumen, se observa que en la actualidad la responsabilidad por daño ambiental transfronterizo se debe a dos causas:

- A la infracción de una obligación específica contenida en un tratado, como el deber de vigilancia, de información, de precaución, etcétera.
- A la producción de un daño a causa de la realización de una actividad permitida, pero con riesgo transfronterizo (actividades ultrarriesgosas).⁵⁴

⁵³ *Ibidem*, p. 570.

⁵⁴ Estas reflexiones de Julio Barboza, el relator especial del Proyecto de Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, se contienen en Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, *op. cit.*, nota 8, pp.240 y 249.

Para una mejor comprensión de ambos tipos de responsabilidad (subjetiva y objetiva), nos hemos de referir en seguida a los actos lícitos e ilícitos como generadores de la responsabilidad internacional.

Así como existen normas primarias y secundarias, en cuanto a su contenido puede haber obligaciones de comportamiento o de resultado. En el primer caso se constriñe al sujeto a actuar o abstenerse de realizar una conducta específica, y en el segundo lo que importa es que se produzca un efecto, sin importar los medios que se utilicen para ello.

De la infracción de una obligación de comportamiento deriva la responsabilidad subjetiva o por hecho ilícito, y de la infracción de una obligación da resultado la responsabilidad objetiva.

Cuando se incurre en una conducta explícitamente prohibida y contenida en una norma de comportamiento, existe responsabilidad subjetiva; en cambio, si se produce contaminación transfronteriza decimos que se ha verificado un efecto distinto al que prevé la norma, que es el deber de no utilizar el territorio o permitir que se utilice de manera tal que se ocasionen daños más allá de las fronteras; por lo tanto, estamos frente a una obligación de resultado y frente a la responsabilidad objetiva.

Aunque tradicionalmente se ha identificado al daño ambiental transfronterizo con la responsabilidad objetiva, en la actualidad se acepta también la posibilidad de incurrir en responsabilidad subjetiva, y para la determinación de una u otra habrá que atender a la producción de daños o a la existencia de la violación de una obligación internacional.

En cuanto a la responsabilidad por hecho ilícito, es conveniente precisar que deriva de un comportamiento del Estado distinto a lo que de él exige la norma internacional, comportamiento que no existe en la responsabilidad objetiva, ya que en esta última se prescinde de la culpabilidad con la que se actúa. En la responsabilidad por hecho ilícito el Estado afectado deberá aportar la prueba de la responsabilidad del sujeto a quien se presume debe serle imputable el acto u omisión, es decir, deberá probar la existencia de la violación a la obligación internacional.

En la actualidad se observa además que el deterioro ambiental también puede ser producido por la comisión de un acto u omisión ilícitos, cuando, por ejemplo, vía tratado existe una obligación específica de no causar daños al ambiente de un Estado vecino, supongamos que estas conductas generadoras de daño se han verificado de manera frecuente, por lo que los Estados interesados celebran un tratado en donde se contiene la obligación de no causar daños en lo futuro, así como otras obli-

gaciones de comportamiento como el deber de vigilancia, de información, de consulta, etcétera.

Sin embargo, esta afirmación parece crear confusión sobre el tipo de responsabilidad que se habrá de determinar (subjetiva u objetiva). Para ello es conveniente mencionar que si partimos de la premisa que dice que *toda conducta regulada jurídicamente sólo puede estar prohibida o permitida*, en la responsabilidad por hecho ilícito tenemos que el agente realiza una conducta contraria a una norma jurídica, y en la responsabilidad objetiva la responsabilidad deriva de haberse producido daños por una conducta lícita, la cual no contraviene una norma, y se desarrolla de acuerdo con las exigencias del derecho vigente.

La clave entonces se encuentra en los daños producidos: si se deben a una actividad ilícita habrá lugar a la responsabilidad subjetiva, y si se deben al riesgo o a actividades peligrosas nos encontraremos frente a la responsabilidad objetiva.⁵⁵ Como ejemplo de esto último se cita el *Libro verde de la Comisión Europea para Reparar los Daños Ambientales*, que propone los dos sistemas de responsabilidad: por infracción de la norma o culpa, y sin violación de una norma o responsabilidad objetiva.⁵⁶ Sin embargo, la razón del establecimiento de cualquier tipo de responsabilidad es el deber de reparar los daños causados, lo cual en materia ambiental reviste gran importancia, ya que muchas veces las consecuencias de las actividades que producen el daño son irreversibles.

Sobre la responsabilidad objetiva debemos señalar además que proviene de actividades realizadas en un territorio o bajo la jurisdicción de un Estado que pueden ocasionar daños a la comunidad internacional, mismos que no pueden ser eliminados ni con el mayor cuidado. Estas actividades implican riesgos excepcionales por su propia naturaleza o por el modo de su realización, y de ellas deriva la modificación de procesos biológicos, cambio en el medio natural de otro Estado, etcétera. Estas actividades traen como consecuencia la posibilidad de que un Estado incu-

⁵⁵ Apoya esta afirmación lo señalado por María Teresa Ponte, ya que, por ejemplo, en el caso de la contaminación de los cursos de agua internacionales, la violación de obligaciones específicas por parte de los Estados ribereños deviene en responsabilidad por hecho ilícito. Cfr. Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, op. cit., nota 8, pp. 230 y ss.

⁵⁶ Soler Manuel A. (coord.), *Manual de gestión ambiental*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 335.

rra en responsabilidad, sin que haya de por medio una conducta ilícita. A este tipo de responsabilidad se le conoce como responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, derivada de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

Respecto de dichas actividades, hay que resaltar que su ejercicio no constituye un ilícito, pues están permitidas por la norma internacional, e incluso su desarrollo es importante y benéfico para satisfacer necesidades colectivas. En cambio, son altamente peligrosas, crean un riesgo apreciable para el medio ambiente de otros Estados, y por más rigurosas que sean las medidas de precaución y seguridad no deja de existir la posibilidad de que ocasionen daños graves más allá del Estado de origen (daños que por supuesto tendrán que ser reparados).

La razón de sancionar este tipo de actos es proteger el ejercicio de un derecho, en este caso la libre realización de actividades industriales; respecto de otro, no ser perjudicado en la persona, bienes, propiedades, etcétera, de esta forma se pueden conciliar ambos intereses contrapuestos.⁵⁷ Esto se logra en gran medida al dar cumplimiento a la debida diligencia, requisito indispensable durante la realización de actividades lícitas; implica que el Estado tenga a su disposición todo un aparato interno (legal, judicial y administrativo) para anticiparse al hecho perjudicial, y que corresponda al grado de peligrosidad de las actividades ejercidas. Si llegaran a verificarse daños y el asunto se planteara ante un tribunal internacional, se evaluaría en qué medida se cumplió con este deber, no para excluir la responsabilidad, sino para determinar los alcances de la reparación en atención a la eficacia del comportamiento estatal,⁵⁸ ya que la responsabilidad se determina por haberse producido un daño serio o sensible.

Lo anterior nos lleva a pensar que la responsabilidad por acto lícito no se determina de manera automática. Cuando se han verificado los daños, la parte afectada podrá acudir en demanda de la reparación con sólo demostrar la existencia de daños causados probablemente a consecuencia de las actividades riesgosas realizadas en otro Estado; a este último corresponderá la carga de la prueba, ya que en la práctica sería difícil que fuera aportada por la víctima, lo que significa que deberá evidenciar que su actividad no fue la causa de los daños, por haber tomado todas las medidas

⁵⁷ Aníbal Alterini, Atilio (dir.), *La responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 342.

⁵⁸ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, *op. cit.*, nota 6, p. 70.

procedentes para evitarlos; lo anterior, como ya decíamos, con el fin de determinar la reparación, ya que la responsabilidad no podrá ser desechada, salvo que se haya verificado alguna circunstancia excluyente de ilicitud;⁵⁹ si la hubo, será el momento de hacerla valer. Por otra parte, para imputar la responsabilidad deberá estar ampliamente comprobado el nexo causal entre el daño y la actividad del agente, esto es, no debe haber alguna duda de que los daños originados son a consecuencia de la actividad desarrollada. A falta de normas convencionales, la responsabilidad deberá ser determinada en función de la práctica consuetudinaria reconocida por la jurisprudencia y los Estados.⁶⁰

D. *El daño*

El daño es no es solamente un menoscabo material o patrimonial, porque puede haber actos que lesionan intereses no materiales, los cuales son imposibles de valorar en dinero, porque no implican una pérdida pecuniaria.

Aunque algunos autores no lo consideran como un elemento de la responsabilidad, su importancia es esencial para determinar la reparación, ya que ésta depende del tipo de daño y/o en su caso de los bienes dañados; es, por lo tanto, la base misma para la determinación de la reparación o la sanción.⁶¹ Por otra parte, de lo expuesto en las modalidades de la violación a la obligación internacional concluimos que en la responsabilidad subjetiva no es necesario que se produzcan daños a consecuencia de la violación de la norma, pero en caso de la responsabilidad objetiva, precisamente la verificación de los daños es la causa de determinación de la responsabilidad, pues ésta surge cuando el daño ha sido causado, al no basarse en meras especulaciones, en este último caso el establecimiento del nexo causal entre el acto imputable al Estado y el daño es, entonces, la razón de la reparación y un presupuesto de la responsabilidad junto al carácter riesgoso de la actividad.

En cuanto a su carácter, el daño ambiental es un daño material, en tanto que implica una pérdida o menoscabo de alguno de los elementos del am-

⁵⁹ Que como sabemos son el consentimiento, las contramedidas, el caso fortuito, la fuerza mayor, el peligro extremo, el estado de necesidad y la legítima defensa.

⁶⁰ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., nota 11, p. 120.

⁶¹ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, op. cit., nota 10, pp. 148 y 149.

biente, y en el daño ambiental transfronterizo su origen está en un territorio ajeno.

El artículo 2o. del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional menciona que el daño transfronterizo es aquel "...causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes".⁶²

Hasta hace poco tiempo el daño transfronterizo se centraba en el hecho de que los perjuicios se produjeran en el o los Estados que compartieran fronteras con el Estado en que se realizaba la actividad riesgosa; sin embargo, se han incluido en este concepto los daños que pueden ocasionarse a otros sitios más distantes o los causados en zonas que no están bajo la jurisdicción de ningún Estado. Así lo establece, por ejemplo, el Convenio de Ginebra sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia firmado por los integrantes de la Unión Europea, Canadá y Estados Unidos.⁶³ De ello podemos concluir que en la práctica convencional se observa esta tendencia, mientras que en la costumbre internacional todavía se considera la vecindad como elemento determinante en los daños transfronterizos, sin que esto signifique que se deja de proteger de manera eficaz al ambiente de otros Estados distintos a los Estados colindantes.

En lo que se refiere al daño ambiental, se trata de la pérdida o menoscabo sufrido en el medio a consecuencia de la violación de una norma jurídica, o del ejercicio de actividades riesgosas o dañinas. En el derecho interno, a través de la doctrina⁶⁴ se señalan las características del daño ambiental:

- Está vinculado a procesos tecnológicos.
- Sus efectos, que se entienden como alteraciones al ecosistema, a las especies vivas y sus relaciones, a los recursos naturales, el agua, la tierra, la atmósfera, etcétera), se producen más allá de la vecindad.

⁶² Fernández Tomás, Antonio, *Derecho internacional público, casos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 323.

⁶³ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., nota 11, p. 206.

⁶⁴ Campos Díaz, Mercedes, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El caso del agua en México*, México, UNAM, 2000, pp. 102-108.

- El daño es colectivo en cuanto a sus causas y efectos (existe una pluralidad de autores y de sujetos afectados).
- Sus consecuencias son irreversibles.
- Afecta el patrimonio o los bienes y derechos del sujeto en forma individual.
- Lesiona al medio ambiente como bien de interés público.

Por tanto, de la conjunción de ambos elementos podemos establecer que el daño ambiental transfronterizo constituye una pérdida o menoscabo en el ambiente de un Estado, a consecuencia del ejercicio de actividades riesgosas realizadas en otro Estado cuyos efectos rebasan sus fronteras, o a consecuencia de la violación de una obligación internacional.

A pesar de lo anterior, no existe un parámetro para determinar cuándo habrá lugar a la responsabilidad internacional por daño ambiental transfronterizo. En la actualidad sólo existe el deber de no ocasionar daños serios o sensibles; esto es, que no tengan las dimensiones de una catástrofe, por lo que la doctrina sugiere la adopción de estándares, para tener un punto de referencia a partir del cual se determine cuándo existe un daño que puede dar lugar a la responsabilidad del Estado, así como facilitar la labor del juez y la carga de la prueba.⁶⁵

E. La reparación del daño como consecuencia del mismo

Al deberse los daños a una acción u omisión que violan una norma internacional, o al ejercicio de actividades riesgosas, existe en el ámbito internacional el deber de reparar; este es un principio de derecho internacional. Al reparar el daño, el Estado en general se libera de la responsabilidad, ya que la función más esencial de la responsabilidad es la reparatoria.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el *asunto de la Fábrica de Chorzow* desde 1928 estableció "...que el incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación en forma adecuada...".⁶⁶ Por ello, siempre que se causen daños al medio ambiente

⁶⁵ Casadevante Romani, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, op. cit., nota 11, p. 136.

⁶⁶ Cfr. Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, op. cit., nota 13, p. 534.

de otro Estado existirá la obligación de reparar dichos daños por parte del Estado que los ha causado.

En el derecho ambiental internacional, la indemnización, en tanto una especie de reparación, comenzó a practicarse a partir de la década de los sesenta, a consecuencia de los desastres ecológicos ocasionados por la explotación de hidrocarburos.⁶⁷ Desde entonces la reparación es un principio aceptado, pero de difícil determinación.

De acuerdo con el *asunto de la Fábrica de Chorzow*, la reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si no se hubiera cometido dicho acto.

La reparación es un término genérico que comprende *la restitutio in integrum*, la indemnización y la satisfacción.

La restitutio in integrum o *in natura* es la reparación ideal, ya que su objeto es que las cosas se vuelvan al estado que tenían hasta antes de haberse verificado la violación de la obligación o el surgimiento de los daños. En la mayoría de los casos esto es prácticamente imposible, pero en materia ambiental el problema es más complicado, por la misma naturaleza de los daños; por ello frecuentemente se acude a la indemnización. Además de lo anterior, en ocasiones se deja subsistente la causa de los daños, como en el caso de responsabilidad objetiva, ya que la actividad generadora del daño representa un interés para el Estado. Por ello, algunos autores consideran que no hay una reparación como tal, sino una compensación.

Cuando la responsabilidad proviene de un acto ilícito, se sugiere como *restitutio in integrum* que se dé cumplimiento a la obligación que se dejó de observar o que se revoque el acto ilícito.

La indemnización o pago sustitutorio generalmente se otorga cuando existe la imposibilidad física o jurídica de volver las cosas a su estado anterior. Consiste en el pago de una cantidad que corresponda al valor que tendría la restitución en especie a la fecha del resarcimiento.⁶⁸ Como recordamos, éste fue el tipo de reparación que se otorgó en el *asunto de la fundición Trail* y el *asunto Gakcícovo-Nagymaros*. Sin embargo, el inconveniente que presenta es que muchas veces la cantidad suele ser nego-

⁶⁷ Jiménez Piernas, Carlos (ed.), *La responsabilidad internacional, aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado*, op. cit., nota 8, p. 142.

⁶⁸ Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, op. cit., nota 13, p. 535.

ciada, y no sólo esto, sino que el destino de la misma es decidido por el Estado a quien se otorga, por lo que es muy difícil que sea utilizada específicamente para restaurar el ambiente. En la indemnización se puede incluir el pago de una cantidad por las pérdidas sufridas, es decir, las utilidades dejadas de percibir (lucro cesante).

Por otro lado, la satisfacción se utiliza en aquellos casos en que el daño producido es un daño no material o moral y se utiliza en algunas ocasiones junto a alguna de las anteriores.

Las circunstancias particulares para la reparación del daño ambiental son de suyo complejas, ya que por una parte, el medio ambiente no es susceptible de valoración económica, y en caso de la pérdida de especies o de sitios naturales, los daños son irreparables. Además de lo anterior, cuando se trata de responsabilidad objetiva, por ejemplo, es prácticamente imposible proceder al cierre de las empresas, porque producen bienes o servicios, crean empleos y promueven el desarrollo y la economía; por otra parte, muchas veces la expedición de licencias y otras autorizaciones de carácter administrativo exigidas al interior del Estado, se argumentan para excluir la responsabilidad. También existen dificultades para determinar a partir de qué referencia se habrá de considerar un daño como sustancial, precisar si se obró con la debida diligencia, imputar la conducta a un Estado, demostrar el nexo causal, etcétera.

Sin embargo, para todos esos inconvenientes existen soluciones, como las siguientes: si las industrias siguen con su actividad, entonces se sugiere como medida adicional a la reparación, que se establezca un régimen temporal de funcionamiento para la empresa, susceptible de ser evaluado para, en lo posible, evitar daños en lo futuro;⁶⁹ la expedición de licencias al interior del Estado nunca será excluyente de responsabilidad, y el daño sustancial será fijado por el tribunal que conozca del asunto en el ámbito internacional, atento a circunstancias particulares, como la diligencia debida, la naturaleza de la actividad, el grado de riesgo, etcétera. El mismo tribunal tendrá que establecer a la vez las garantías necesarias para impedir que se viole nuevamente la obligación o se produzcan daños.⁷⁰

⁶⁹ Este régimen se implantó de alguna forma en el Caso Trail.

⁷⁰ Lavilla Ruvira, Juan José y Méndez, M. José, *Todo sobre el medio ambiente*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 594.

En otro orden de ideas, es generalmente aceptado que ante la imposibilidad para determinar la responsabilidad por existir alguna excluyente de ilicitud, siempre se estará obligado a la reparación del daño.⁷¹

El Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños que Derivan del Ejercicio de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente contempla por su parte medidas de restauración del medio ambiente, para en lo posible regresar las cosas a su estado natural,⁷² lo que demuestra, como decíamos en el primer capítulo, que para resolver el problema lo más importante es tener voluntad para ello.

En cuanto a las cuestiones que podríamos llamar procesales, tenemos, en primer lugar, que para acceder a la reparación del daño ambiental transfronterizo es necesario que los daños se hayan propagado a través del propio medio.⁷³ En segundo lugar, corresponderá a la parte afectada la carga de la prueba en caso de hecho ilícito, y al Estado de origen en caso de producción de daños. Como tercer punto, en caso de que no se llegue a determinar la responsabilidad, la obligación de reparar los daños si éstos se han verificado, podrá ser establecida. Cuarto, aunque se haya observado la diligencia debida, se podrá determinar la responsabilidad. En quinto lugar, el afectado no deberá soportar todas las pérdidas sufridas. Sexto, cuando el Estado de origen se reserve información sobre los efectos y riesgos de su actividad en perjuicio de la parte afectada, se puede acudir a presunciones de hecho o indicios para determinar si su actividad fue la causa de los daños.⁷⁴ Séptimo, las reglas que regirán la reparación son las del derecho internacional vigente entre los Estados involucrados, mismas que prevalecerán sobre el derecho que rige las relaciones entre el Estado responsable y el particular o particulares que han resentido el daño.⁷⁵ Por último, si el afectado por los daños es un particular, después de agotar los recursos internos, de-

⁷¹ Así lo prevé el artículo 34 del Proyecto de Responsabilidad por Hecho Ilícito. Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público, op. cit.*, nota 10, p. 172.

⁷² Hannequart, Jean-Pierre, *El derecho comunitario en materia de residuos, op. cit.*, nota 20, p. 177.

⁷³ Cabanillas Sánchez, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente, op. cit.*, nota 27, p. 128.

⁷⁴ Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público, op. cit.*, nota 10, p. 297.

⁷⁵ Fernández Tomás, Antonio, *Derecho internacional público, casos y materiales, op. cit.*, nota 62, p. 205.

berá acudir a la protección diplomática para evitar el enfrentarse a la inmundad del Estado de origen.⁷⁶

Para concluir este apartado habremos de presentar algunas propuestas que se considera pueden contribuir a lograr una reparación adecuada.

En el derecho interno habrán de existir los mecanismos necesarios para que en caso de daño ambiental transfronterizo los nacionales y extranjeros puedan reclamar ante los órganos internos el establecimiento de medidas de prevención y la reparación de los daños, ya que en el ámbito internacional a veces se dificulta la determinación de la responsabilidad. Estos también serían los mecanismos idóneos para hacer posible la determinación de la responsabilidad.

Si a través del derecho internacional se obtiene una indemnización, ésta deberá destinarse a restaurar el medio ambiente; de esta forma se evitaría que la indemnización pudiera utilizarse para otros fines.

De conformidad con el Principio 13 de la Declaración de Río, los Estados deberán cooperar de manera efectiva en el ámbito internacional para el desarrollo de la responsabilidad como institución y para el establecimiento de mecanismos tendientes a obtener la reparación del daño ambiental transfronterizo.

Se sugiere proceder al establecimiento de medidas precautorias, como la obligación de no causar daños en lo futuro, cuando esté plenamente comprobado que los daños no son ocasionales, sino permanentes.

De todo lo expuesto concluimos lo siguiente:

- La responsabilidad del Estado por daño ambiental transfronterizo es una institución del derecho internacional público mediante la cual un sujeto de la comunidad internacional cuyo ambiente ha sido dañado ya sea a consecuencia de una actividad riesgosa extraterritorial o bien, en virtud de la violación de una obligación internacional, puede exigir del sujeto que permitió la actividad generadora de daños o del autor del acto ilícito, la reparación de lo causado más allá de los límites de su jurisdicción.
- El desarrollo de esta institución ha hecho posible que en la actualidad no sólo se proteja a los Estados vecinos o colindantes de aquel en cuyo territorio han tenido su origen los daños, sino que ahora protege otras zonas distantes.

⁷⁶ Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 16a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 348.

- La responsabilidad objetiva otorga una mejor protección al entorno y representa mayores ventajas para la parte afectada, puesto que la sola existencia de los daños derivados de una actividad peligrosa obliga a la reparación, sin que sea necesario acreditar la violación de una obligación internacional.
- Se advierte que en los últimos tiempos se busca prevenir el surgimiento de daños; no obstante, la responsabilidad no deja de tener una importancia esencial, ya que los daños al ambiente llegan a verificarse con tal frecuencia y magnitud que es necesario proceder a su reparación. En lo que se refiere a esta última, deberá privilegiarse la *restitutio in integrum*, y cuando ello no sea posible, se procederá a la indemnización, la cual deberá destinarse a acciones para la restauración del ambiente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANÍBAL ALTERINI, Atilio (dir.), *La responsabilidad, homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional público. Primer curso*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.
- BARROS, James y JOHNSTON DOUGLAS, M., *Contaminación y derecho internacional*, trad. de Flora Setaro, Buenos Aires, Marymar, 1977.
- BENADAVA, Santiago, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1997.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- CAMPOS DÍAZ, Mercedes, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. El caso del agua en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *La protección del medio ambiente en el derecho internacional. Derecho comunitario europeo y derecho español*, País Vasco, Editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1992.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Responsabilidad del Estado y contaminación. Aspectos jurídicos*, México, Porrúa, 1982.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 10a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, t. I.

- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La contribución del derecho internacional, del medio ambiente al desarrollo del derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional Público*, Pamplona, núm. XIV, 1998.
- HANNEQUART, Jean-Pierre, *El derecho comunitario en materia de residuos*, Barcelona, Prom, 1996.
- LAVILLA RUVIRA, Juan José y MÉNDEZ M., José, *Todo sobre el medio ambiente*, Barcelona, Praxis, 1996.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, México, Harla, 1988.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel, “La aportación del asunto Gabcikovo-Nagymaros al derecho internacional del medio ambiente”, *Anuario de Derecho Internacional Público*, Pamplona, núm. XIV, 1998.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro, *Lecciones de derecho internacional público*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho internacional público*, 16a. ed., México, Porrúa, 1997.
- SEPÚLVEDA, César, *Derecho internacional*, 20a. ed., México, Porrúa, 1998.
- SOLER MANUEL, Manuel A. (coord.), *Manual de gestión ambiental*, Barcelona, Ariel, 1997.
- SORENSEN, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- UNAM-COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD, *El derecho ambiental en América del Norte y el sector eléctrico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

VI. HEMEROGRAFÍA

LLOSA LARRAMBURE, Eduardo, “Aportes de América y especialmente del Perú a los principios de derecho internacional que norma la responsabilidad estatal”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, t. XLVI, núm. 107, enero-julio de 1996.

TECLAFF, Ludwick A., “Beyond Restoration-the Case of Ecocide”, *Natural Resources Journal*, Nuevo México, vol. 34, núm. 4. 1994.