

## RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA AMBIENTAL

Loretta ORTIZ AHLF

*SUMARIO. I. Introducción. II. Responsabilidad de los estados por hechos ilícitos. 1. Hecho de un Estado. 2. Violación de una obligación internacional. 3. Circunstancias excludentes de la ilicitud del hecho. 4. Del contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional. 5. Solución de controversias. III. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos. IV. Responsabilidad internacional y medio ambiente.*

### I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza compleja del derecho internacional ambiental se manifiesta de manera muy evidente al entrar al terreno de la responsabilidad internacional. En este ámbito cabe distinguir la responsabilidad internacional originada por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos y la que surge por la comisión de un hecho ilícito internacional.

El Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos (PREHI), cuyos artículos constituyen una codificación de normas consuetudinarias existentes en la materia, se inicia en 1949. En 1955, se nombra como relator especial a García Amador de 1956 a 1961, periodo en el cual presenta seis informes que abordaban la responsabilidad indirecta del Estado. Posteriormente se nombran como relatores especiales a Roberto Ago, Willem Riphagen y Gaetano Arangio Ruiz.

El proyecto consta de tres partes: la primera referente al origen de la responsabilidad internacional; la segunda alude al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional; y la tercera, la cuestión de la

solución de las controversias y el modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional.

La Comisión de Derecho Internacional en su 32o. periodo de sesiones aprobó provisionalmente, en primera lectura, la primera parte del proyecto y el 7 de junio de 1996, durante la 2438a, sesión, concluyó la primera lectura de la segunda y tercera, solicitándose en la sesión del 26 de julio de 1996, que por conducto del secretario general, se enviara el proyecto a los gobiernos para que éstos formularan sus comentarios y observaciones.

Por otro lado, el Proyecto de la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional (PRIANP) se restringe a un ámbito de aplicación específico, por cuanto a que no es aplicable en el caso de violaciones a normas de derecho convencional o consuetudinario.

El PRIANP está estructurado en tres capítulos: el primero delimita el ámbito de aplicación del proyecto, define los distintos términos utilizados y enuncia los principios generales; el segundo alude a la aplicación del principio de prevención; y el tercero versa sobre la indemnización u otras formas de reparación por los daños que se produzcan.

Este trabajo parte del estudio de los dos proyectos mencionados; para posteriormente referirse, a su aplicación en el ámbito del medio ambiente. Ambos instrumentos recogen las normas consuetudinarias vigentes en la materia.

## II. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS ILÍCITOS

La responsabilidad internacional, señala el Proyecto, nace de la realización de un hecho ilícito, el cual se compone de los siguientes elementos.

1. Un acto u omisión imputable al Estado; y
2. La violación de una obligación de derecho internacional, originada en el acto u omisión del Estado.

El primero de ellos, considerado el elemento subjetivo, consiste en el compartimiento imputable a un Estado; el segundo denominado elemento objetivo, implica la violación de una obligación internacional del Estado.

Estos elementos han sido confirmados por la práctica de los estados, la jurisprudencia y la doctrina como requisitos esenciales para el nacimiento de la responsabilidad internacional.

No se incluyó el daño como elemento constitutivo independiente, a juicio del relator especial, Roberto Ago, ya que está contenido en las reglas primarias y no en las secundarias relativas a la responsabilidad del Estado; por tanto, el elemento daño estará implícito en el primer elemento constitutivo. Por su parte, Jiménez de Aréchega, comentando el informe del proyecto establece:

...el daño no forma parte de las reglas primarias, está vinculado con las reglas secundarias de responsabilidad del Estado, puesto que se refiere a su implementación en el plano diplomático y judicial. El requisito del daño es, en realidad, una expresión de un principio jurídico fundamental que prescribe, que nadie tiene acción sin un interés de carácter jurídico. El daño sufrido por un Estado es siempre el elemento que autoriza a un Estado en particular, a formular una reclamación contra otro y a pedir reparación.

Esta última postura tiene un fuerte apoyo en la doctrina; es difícil pensar en las modalidades de la reparación internacional sin hacer referencia al daño. Así, la determinación de la forma de reparar dependerá del tipo del daño y de los bienes dañados; de no ser el daño un elemento constitutivo, la base para la determinación de las sanciones sería inexistente.

### 1. *Hecho de un Estado*

El proyecto considera hechos del Estado los siguientes:

a) El comportamiento de cualquiera de sus órganos bien sea Poder Constituyente, Legislativo, Judicial o cualquier otro en el marco de la estructura orgánica del Estado.

b) El comportamiento del Estado, realizado a través de cualquier órgano de una entidad pública territorial.

c) El comportamiento de una entidad que no forma parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial, pero que está facultada por el derecho interno para ejercer prerrogativas del poder público.

Las organizaciones estatales son muy complejas: por un lado existen órganos centralizados, y por el otro, entidades descentralizadas que ejercen prerrogativas del poder público. Éstas también pueden obligar con

su comportamiento al Estado, aunque gocen de personalidad jurídica propia.

d) Los actos realizados por una persona o grupo de personas a las que no se les ha dado formalmente la investidura de órganos propios del Estado, pero que de hecho actúan por él o ejercen prerrogativas del poder público.

Se citan como ejemplo de estas situaciones las que se dieron durante la segunda guerra mundial, cuando las autoridades del Estado en ciertas zonas desaparecieron huyendo del agresor. Ante esta situación algunos individuos se hicieron cargo provisionalmente de la administración, realizando actos que implicaban el ejercicio de las prerrogativas del poder público. Para atribuir dicho comportamiento al Estado, la comisión considera indispensable:

1. Que las personas de quien se trate ejerzan efectivamente prerrogativas del poder público;
2. Que este comportamiento se haya adoptado en virtud de la ausencia de las autoridades oficiales, y
3. Que existan circunstancias que justifiquen el ejercicio de dichas prerrogativas.

e) Los actos no autorizados y *ultra vires* de un órgano del Estado cuando haya actuado en esa calidad.

f) El comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en ejercicio de prerrogativas de poder público del Estado a la disposición del cual se encuentra.

g) Por último, el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en nuevo gobierno de un Estado, o bien el comportamiento de un movimiento insurreccional que dé lugar a la creación de nuevo Estado.

Conviene señalar que si los actos u omisiones que violan una norma de derecho internacional corresponden a un movimiento insurreccional que no ha alcanzado el triunfo, no son imputables al Estado; al igual que el comportamiento de los particulares, siempre que el Estado haya actuado con la debida diligencia, es decir, tratando de evitar dichos actos y en caso de no ser esto posible, imponiendo las penas correspondientes a los causantes del daño.

## 2. *Violación de una obligación internacional*

En su artículo 16, el proyecto señala: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado, cuando un hecho de ese Estado no está de conformidad con lo que de él exige esa obligación.”

La obligación internacional puede derivar de una costumbre, tratado o cualquier otra fuente de derecho internacional, siendo indispensable para fincar responsabilidad internacional, que la obligación se encuentre en vigor.

La comisión distingue dos clases de violaciones: una que implica la comisión de un crimen internacional y otras que constituyen los delitos internacionales.

Un crimen internacional se define como una violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguarda de los intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto.

Los ejemplos que se indican son violaciones graves de obligaciones internacionales de importancia esencial para:

- a) El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) La salvaguarda del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) La salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*;
- d) La salvaguarda y protección del medio humano, como los que prohíben la contaminación de la atmósfera o de los mares.

Por su parte, los delitos internacionales son ofensas de menor gravedad que los anteriores. Las consecuencias tanto de los crímenes como de los delitos son enunciadas en la segunda parte del proyecto.

## 3. *Circunstancias excluyentes de la ilicitud del hecho*

La primera parte del proyecto menciona también las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho refiriéndose al consentimiento, las

contramedidas, caso fortuito y fuerza mayor, peligro externo, estado de necesidad y legítima defensa.

Cabe aclarar que para la comisión, dichas circunstancias excluyen la ilicitud del hecho de que se trate. Cuando se presenta cualesquiera de las circunstancias mencionadas, el Estado no tiene que observar la obligación internacional que en situación normal debería cumplir.

a) Consentimiento. Para que opere como causa excluyente de ilicitud se requiere que se manifieste en forma clara y anterior a la comisión de hecho a que se refiere. No operará como causa excluyente de ilicitud, en el supuesto de que sean exigibles obligaciones internacionales que deriven de normas *ius cogens*.

b) Contramedidas. Son sanciones que el derecho internacional permite sean ejercidas por un Estado afectado por el incumplimiento de una obligación internacional. Deben guardar proporción, en razón de que constituyen una sanción por la violación cometida.

En circunstancias normales estas represalias, o contramedidas, constituirían un acto ilícito, pero al convertirse en un medio de sanción pierden su ilicitud.

c) Fuerza mayor y caso fortuito. Es necesario, en opinión de la comisión, para que opere como causa excluyente:

1. Que la fuerza irresistible o el acontecimiento exterior imprevisible sean de tal magnitud que hagan que sea materialmente imposible que el Estado adopte un comportamiento acorde con la obligación internacional.
2. Que el acontecimiento exterior en cuestión no sea previsible.
3. Que el Estado que alegue caso fortuito o fuerza mayor no haya contribuido, intencionalmente o por negligencia, a la realización de la circunstancia de que se trate.

El caso fortuito o fuerza mayor se diferencia del peligro externo y del estado de necesidad en que en estas últimas circunstancias, el Estado tiene una opción entre dos o más comportamientos, aunque su libertad de elegir está coartada, en el primer caso, por el peligro que puede sufrir el individuo-órgano del Estado o las personas que se encuentren a su cuidado; y el segundo, por el peligro que puede representar a un interés fundamental del Estado. Por el contrario, la fuerza mayor y caso fortuito hacen que al Estado le sea materialmente imposible cumplir su obligación.

## RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA AMBIENTAL 159

d) Peligro extremo. Sólo opera si se encuentra en peligro la vida del individuo-órgano del Estado, o la del conjunto de personas que se encuentran a su cuidado; no operará cuando el propio individuo-órgano del Estado haya provocado dicha situación de peligro.

e) Estado de necesidad. Bajo esta circunstancia el Estado voluntariamente decide no cumplir con su obligación con el fin de salvar al Estado de un peligro grave e inminente que amenaza algún interés esencial del mismo.

La Comisión establece como condiciones necesarias para que pueda operar esta circunstancia excluyente de ilicitud:

a') Que el interés del Estado que se encuentra amenazado por un peligro grave e inminente, sea efectivamente esencial para el propio Estado;

b') Que el comportamiento del Estado haya sido el único medio para salvar el interés esencial amenazado; y

c') Que el interés que se sacrifique por la violación de una obligación internacional en estas circunstancias, no sea un interés esencial del Estado lesionado.

Además, la Comisión consideró conveniente excluir su aplicación en los casos en que el comportamiento sea contrario a una norma *ius cogens*, cuando mediante un tratado expreso o implícitamente se prohíba la aplicación de la circunstancia y cuando el Estado que alegue el estado de necesidad haya provocado dicha situación con su comportamiento.

f) Legítima defensa. El proyecto exige para que opere como causa excluyente de ilicitud, que se ejercite conforme a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Los requisitos exigidos son:

- ataque armado por parte de un tercer Estado;
- las medidas de legítima defensa, impuestas por el Estado atacado, deberán comunicarse inmediatamente al Consejo de Seguridad;
- las medidas adoptadas no deben afectar, de manera alguna la autoridad, y responsabilidad del Consejo de Seguridad en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En el caso de que opere el consentimiento, la fuerza mayor o caso fortuito, el peligro extremo y el estado de necesidad, no se exime a los estados del pago de una indemnización correspondiente por los datos causados, aunque opere alguna de las causas excluyentes señaladas.

#### 4. *Del contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional*

Las consecuencias que se originan por la comisión de un hecho ilícito se regulan en términos generales por las disposiciones del proyecto, salvo que resulte aplicable una norma especial.

Por otro lado, las normas consuetudinarias vigentes sobre la materia seguirán aplicándose independientemente de que resulten aplicables las normas convencionales contenidas en el proyecto, o bien las establecidas en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

El Estado lesionado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito tiene derecho a una reparación íntegra del daño causado mediante una restitución en especie, o bien, indemnización. Además de obtener las seguridades y garantías de no repetición del hecho ilícito.

En la determinación de la reparación, se considerará la negligencia o dolo del Estado lesionado o del nacional del Estado que demande cuando haya contribuido a ocasionar el daño. En ningún caso la reparación tendrá como resultado el privar a la población de un Estado de sus medios propios de subsistencia.

A demás de la reparación del daño en especie o indemnización que cubra los datos, cabe mencionar la satisfacción como un medio de reparación de los datos de carácter moral, la cual podrá otorgarse mediante disculpas, pago de datos y perjuicios o aplicación de medidas disciplinarias a los funcionarios públicos responsables en el caso de que se trate de una ofensa grave.

El proyecto, con respecto a la restitución en especie, señala:

El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución en especie:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe la violación de una obligación nacida de una norma imperativa de derecho internacional general;
- c) No entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; o
- d) No comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito,

siendo así que el Estado lesionado no resultará afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie.<sup>1</sup>

Ahora bien, si el daño no es reparado mediante restitución en especie, se cubrirá una indemnización por todo el daño económico valorable que haya sufrido el Estado lesionado, incluyendo intereses y las ganancias que se dejaron de percibir.

Además de las consecuencias antes señaladas, si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional, las limitaciones impuestas para obtener una reparación en especie o satisfacción, establecidas en los artículos 43 y 45 del proyecto desaparecen.

Por otro lado, se establecen como obligaciones de los estados parte en caso de cometerse un crimen internacional, las siguientes:

a) No reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen internacional.

b) No prestar ayuda, ni asistencia al Estado que haya cometido el crimen internacional a mantener la situación creada por dicho crimen.

c) Cooperar con otros estados en el desempeño de las obligaciones que imponen los apartados a) y b).

d) Cooperar con otros estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen.

## 5. Solución de controversias

De conformidad con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el proyecto señala como mecanismos para la solución de controversias, la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

En caso de presentarse una controversia a petición de cualquiera de las partes, tratarán de solucionar el conflicto en forma amigable. Si no se logra un acuerdo, terceros estados podrán ofrecer sus buenos oficios o mediación.

Tanto los buenos oficios como la mediación son medios para facilitar el acuerdo entre las partes. Los buenos oficios, como su nombre lo indica, consisten en la participación con buena voluntad de uno o varios estados a fin de invitar a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. El caso de

1 Ver artículo 43, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, op. cit.*, p. 152.

la mediación es similar, pero con la diferencia de que además de invitar a las partes a solucionar sus diferencias, les son propuestas soluciones específicas que las partes pueden aceptar o no.

Los buenos oficios y la mediación pueden iniciarse a requerimiento de las partes o sin él; en este último supuesto, no debe entenderse que los buenos oficios o la mediación constituyen actos de intervención en los asuntos internos de los estados, sino considerarse como actos amistosos, según lo especifica la Convención de la Haya para la Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales.

Transcurridos tres meses desde la primera solicitud de negociaciones, si la controversia no se ha solucionado por acuerdo ni se ha establecido una modalidad de solución por tercero, cualquier parte en la controversia podrá someterla a conciliación de conformidad con el procedimiento establecido en el anexo I del proyecto.

También se prevé que en caso de no llegar a una solución a los seis meses, o transcurridos tres meses del informe de la comisión, las partes podrán recurrir para solucionar su controversia al arbitraje, de conformidad con el anexo II del proyecto.

### III. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS

Al lado de la responsabilidad por hechos ilícitos, en los últimos años se ha planteado, en un proyecto distinto, la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales por actos no prohibidos por el derecho internacional. La Comisión de Derecho Internacional se centró en un principio en las actividades que surgen dentro de la jurisdicción de un Estado y que son susceptibles de causar un daño más allá de las fronteras de dicho Estado.<sup>2</sup>

Este régimen de responsabilidad puede considerarse excepcional en el sentido de que sólo se origina cuando las actividades lícitas que se realizan son riesgosas. Debe tenerse en cuenta que la característica de esas actividades es que, por más rigurosas que sean las normas de precaución y de seguridad, no deja de existir la posibilidad de ocasionar daños graves.

<sup>2</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1a. parte, Naciones Unidas, 1981, p. 134.

## RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN MATERIA AMBIENTAL 163

En estos supuestos, es el Estado responsable el que debe aportar las pruebas con el fin de demostrar que su actividad no fue la causa de los datos ocasionados, ya que de otra forma tendrá que reparar los daños y perjuicios.

El plan esquemático incorporado al tercer informe del relator especial Quentin-Baxter contiene, entre otras, una sección 5 en la que se establece:

1. El fin y el objeto de los presentes artículos es garantizar a los estados autores, en relación con las actividades realizadas en su territorio o bajo su control, toda libertad de elección que sea compatible con una protección adecuada de los intereses de los estados afectados.
2. Una protección adecuada requiere medidas de prevención para evitar en lo posible un riesgo de pérdida o daño y, cuando ello no sea posible, medidas de reparación, pero los niveles de protección adecuados deben determinarse teniendo debidamente en cuenta la importancia de la actividad y su viabilidad económica.
3. Cuando ello sea compatible con los artículos anteriores, no deben hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado; los gastos de una protección adecuada deben repartirse teniendo debidamente en cuenta la distribución de beneficios de las actividades, y los niveles de protección deben fijarse teniendo en cuenta los medios de que disponga el Estado autor y las normas aplicables en el Estado afectado y en la práctica regional e internacional.
4. Cuando un Estado autor no haya puesto a disposición de un Estado afectado información que sea más asequible al Estado autor, relativa a la naturaleza y efectos de una actividad, ni los medios de verificar y evaluar esa información, el Estado afectado estará facultado para recurrir ampliamente a presunciones de hecho e indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causa o puede causar una pérdida o un daño.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Informe sobre la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, doc. A/CN. 4/346 y Add 1 y 2. Cfr. Informe de la Comisión Derecho Internacional, suplemento núm. 10 (A/49/10), Naciones Unidas, 1994, pp. 288 y ss.

En la redacción del Proyecto de Responsabilidad de los Estados por Actos no Prohibidos, los miembros de la Comisión de Derecho Internacional encontraron dificultad en definir los conceptos de actividades peligrosas, riesgo y daño.

Así, por ejemplo, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional proponían elaborar una lista de actividades peligrosas sujetas a este régimen de responsabilidad. Otros miembros, en cambio, convinieron con el relator especial en que ciertas actividades que actualmente se consideraban peligrosas, quizá dejarían de serlo en un futuro cercano, razón por la cual se prefirió definir el concepto de actividades o situaciones.

Por lo que se refiere al riesgo, el relator especial señala que a su juicio era necesario introducir el concepto de riesgo y su previsibilidad para limitar el alcance del tema; ya que éste no versa sobre todo tipo de actividad que pueda ocasionar un perjuicio transfronterizo, se requiere que dicha actividad ocasione un riesgo apreciable.

En cuanto al daño, muchos miembros de la Comisión de Derecho Internacional, coincidieron en que faltaban criterios para determinar el grado necesario para aplicar las disposiciones del proyecto. Algunos de ellos manifestaron que la cuestión del umbral del daño todavía no se había resuelto satisfactoriamente, ya que el concepto de daño sensible ayudaba en algo, pero no era suficiente.<sup>4</sup>

Al lado del planteamiento de la CDI, encontramos tendencias a unificar en un solo sistema la responsabilidad internacional, es decir, que no distinguen la responsabilidad creada por la comisión de un hecho ilícito internacional o por la realización de una actividad lícita pero que ocasiona daños a terceros estados más allá de sus fronteras.

Al analizar los proyectos de la CDI, Luis Miguel Díaz comenta:

La Comisión debe ver la forma en que la responsabilidad internacional opera y no las causas por las cuales un Estado puede ser internacionalmente responsable. La materia previa al surgimiento de la responsabilidad internacional, consistiría en criterios para determinar cuándo deben surgir relaciones jurídicas nuevas como consecuencia de que un Estado haya sido declarado internacionalmente responsable. Esta tarea no se refiere a la propia responsabilidad. En otras palabras, lo que sucede es que dependiendo de la razón que originó la responsabilidad internacional, ésta da pauta al tipo de consecuencias

<sup>4</sup> Ver *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, suplemento núm. 10 10 (A/49/10), Naciones Unidas, 1994, pp. 310 y ss.

que se siguen. Sin embargo, la Comisión, expresamente ha declarado que fue un error clásico, que había persistido en los intentos de codificación de esta materia en prestar demasiada atención a las normas, cuya violación origina la responsabilidad internacional. Esto es a lo que la Comisión acertadamente denomina normas primarias.

La comisión destaca el error del pasado, pero con fundamento en ese error: al considerar a la norma primaria, crea dos categorías de reglas sobre responsabilidad. No define a la norma primaria, pero con base en ella establece sistemas de normas secundarias diversas.

El objeto de una codificación sobre responsabilidad internacional debe concentrarse en el contenido y consecuencias de la responsabilidad. Este enfoque no debe permitir dos categorías de reglas: unas aplicables cuando el origen es una violación de la obligación internacional. Otras reglas cuando el origen de la responsabilidad no presupone violaciones de obligaciones internacionales. Debe conformarse, por el contrario, un sistema unitario que tenga capacidad para explicar todos los casos que el derecho positivo internacional sobre responsabilidad pueda incluir. En todo caso, son normas del mismo sistema —derecho internacional— las que están de por medio.<sup>5</sup>

Luis Miguel Díaz continúa señalando que el elemento unificador en la responsabilidad internacional, es la existencia de un daño. De esta forma, concluye que únicamente sería responsable un Estado cuando éste ocasione un daño, y que “el más difícil obstáculo sería el de ponerse de acuerdo en lo que significaría el daño”.

En sentido opuesto, Dupuy afirma, que las obligaciones en materia de derecho ambiental no dan lugar a una obligación de resultado, de la que pudiera deducirse una presunción absoluta de responsabilidad, con la consiguiente desaparición de la categoría misma de “actividades ilícitas”, en el sentido de que todo acto que cause un daño haría incurrir al Estado en responsabilidad.<sup>6</sup>

De igual forma, Quentin-Baxter señala que sin discutir la autoridad del principio de que es ilícito causar daños a otros estados, se está, en general de acuerdo, en que no es posible atribuir un valor absoluto a un principio tan genérico. “Tiene que ser dividido en sistemas de normas casuísticas

<sup>5</sup> Díaz, Miguel, *Responsabilidad y contaminación*, México, Porrúa, 1982, pp. 35 y ss.

<sup>6</sup> Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industriel*, París, p. 40.

para adecuarlo a las necesidades de determinadas actividades y compaginar dichas actividades con los intereses de los demás”.<sup>7</sup>

Para la redacción del Proyecto la Comisión de Derecho Internacional se apoyó en la práctica de los estados y en las decisiones judiciales, citándose entre otros, el Asunto del Estrecho de Corfú, en el que la Corte observó que no había principios reconocidos de derecho internacional “sobre la obligación de todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para actos contrarios a los derechos de los demás Estados”.<sup>8</sup>

Otro precedente analizado por la comisión fue el de la Fundición de Trail, en el cual se llegó a una conclusión análoga al señalar.

De acuerdo con los principios de derecho internacional y la legislación de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma que el territorio de otro Estado o las personas o bienes que allí se encuentren sufran daños por efecto del humo, cuando ello tenga consecuencias graves y quede demostrado el daño mediante pruebas claras y convincentes.<sup>9</sup>

También la CDI se apoyó en principios y resoluciones en el ámbito del derecho internacional ambiental, señalándose por ejemplo, el principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano referente

al derecho de los Estados a explotar en forma soberana sus recursos naturales, con arreglo a su normatividad ambiental y con 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 zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

Se recurrió al principio general del derecho *sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa tus bienes de manera que no causes daños a los bienes ajenos). En relación con esta máxima señala Lauterpacht “que es aplicable a las relaciones entre los Estados no menos que a las relaciones entre individuos”.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Informe sobre la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional, Doc. A/CN. 4/346 y Add 1 y 2, Anuario de la CDI, 1981, vol. I, 1a. parte, Naciones Unidas, p. 134.

<sup>8</sup> Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 10 (A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996.

<sup>9</sup> *Ibidem*

<sup>10</sup> Oppenheim, *International Law*, octava edición revisada por H. Lauterpacht, vol. I, pp. 346 y 347.

Como se mencionó, el texto del proyecto está dividido en tres partes, con relación a la primera, referente al ámbito de aplicación, son de especial relevancia los artículos 1o. y el 2o. por cuanto a que delimitan el primero el ámbito material de validez y el segundo, el territorial.

De esta forma, señala el artículo 1o.:

Los presentes artículos se aplican a:

- a) las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible; o
- b) otras actividades no prohibidas por el derecho internacional que no entrañan al riesgo mencionado en el apartado a) pero que causan tal daño por sus consecuencias físicas.<sup>11</sup>

Así, se distinguen dos categorías de actividades no prohibidas por el derecho internacional; las primeras, que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible y las segundas, que no entrañan un riesgo pero que causan tal daño.

En lo referente al ámbito de validez territorial, éste se delimita en el artículo 2o., al definir los términos riesgo, daño, estado de origen y estado afectado de la siguiente manera:

a) Se entiende por “riesgo de causar un daño transfronterizo sensible”, el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible;

b) Se entiende por daño transfronterizo el daño causado en el territorio, en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no fronteras comunes esos estados;

c) Se entiende por “Estado de origen”, el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realizan las actividades a que se refiere el artículo 1o.;

d) Se entiende por “Estado afectado”, el Estado en cuyo territorio se ha producido el daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que se ha producido el daño.<sup>12</sup>

Vinculado con el ámbito de aplicación se señala en el artículo 8o., que si el PRINAP no es aplicable, ello no es obstáculo para que se aplique el PREHI si se cometieron hechos ilícitos.

Se señalan como obligaciones de los estados parte las siguientes:

<sup>11</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, suplemento núm. 10 (A/51/10), Naciones Unidas, Nueva York, 1996, pp. 258-259.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 259.

a) Prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible (artículo 3o.).

b) Si se produce un daño transfronterizo minimizar sus efectos (artículo 4o.).

c) Responder por los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades mencionadas en el artículo 1o. (artículo 5o.).

d) Cooperar con los organismos internacionales en la prevención o minimización de daños transfronterizos (artículo 6o.).

e) Solicitar si se realiza alguna de las actividades contempladas en el ámbito de aplicación del proyecto una autorizaciónn previa (artículo 9o.).

f) Antes de otorgar la autorización se procederá a determinar el riesgo que entraña la actividad, para lo cual, los estados realizarán una evaluación de los posibles efectos de la actividad sobre las personas, bienes y el medio ambiente (artículo 10o.).

g) Si alguna actividad de las mencionadas en el ámbito de aplicación material del Proyecto se realiza sin autorización, ordenará el Estado que se cubran los requisitos legales para obtenerla y hasta que se obtenga la misma, el Estado podrá permitir que continúe la actividad de que se trate si se responsabiliza por el riesgo (artículo 11).

h) Al adoptar las medidas para prevenir y minimizar el riesgo de daños transfronterizos, los estados velarán por que el riesgo no se traslade de manera directa o indirecta de una zona a otra o se transforme el tipo de riesgo (artículo 12).

i) Si la evaluación ordenada por el Estado indica que existe un riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado de origen lo notificará sin dilación a los estados que puedan resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible, señalando un plazo razonable en que deberán responder (artículo 13).

j) Durante el desarrollo de las actividades riesgosas, los estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la informaciónn pertinente para prevenir o minimizar todo riesgo (artículo 14).

k) En la medida de lo posible y por los medios que correspondan, los Estados afectados facilitarán al público que pueda resultar afectado, por alguna de las actividades señaladas en el artículo 1o., informaciónn referente al riesgo y los daños que pueden derivarse. Sin embargo, la informaciónn vinculada con la seguridad nacional del Estado de origen, o para la protección de secretos industriales podrá no ser transmitida (artículos 15 y 16).

1) El Estado donde se realice alguna de las actividades mencionadas no discriminará por motivo de nacionalidad o residencia, a las personas que resulten afectadas por un daño transfronterizo, para tener acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole, o el derecho a solicitar la indemnización u otra forma de reparación (artículo 20).

A demás de las obligaciones antes señaladas se establecen en el Proyecto mecanismos de solución de diferencias, los derechos del Estado afectado y la cuantía de la indemnización u otra forma de reparación.

De esta forma, se señala en el artículo 17, que los estados realizarán consultas a petición de cualquiera de ellos, para adoptar medidas con el fin de minimizar o prevenir el riesgo de daños transfronterizos y buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses. Si las consultas no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, deberá sin embargo, considerar los intereses de los estados que puedan resultar afectados y podrá proseguir la actividad por su cuenta y riesgo.

El Estado que solicite las consultas proporcionará una evaluación técnica de las razones en que funde su opinión. Si la actividad corresponde a las previstas en el apartado a) del artículo 1o., el Estado que solicite las consultas podrá reclamar del Estado de origen el pago de una parte equitativa del costo de la evaluación.

Los factores que deben considerarse para lograr un equilibrio equitativo de intereses son los siguientes:

a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para impedir o minimizar ese riesgo o reparar el daño.

b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para los estados que puedan resultar afectados.

c) El riesgo de que se cause un daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente.

d) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención exigida por los estados que puedan resultar afectados y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad.

e) El grado en que los estados que puedan resultar afectados estén dispuestos a contribuir a los costos de la prevención.

*f)* Las normas de protección que los estados que puedan resultar afectados apliquen a la misma actividad o actividades comparables y las normas impuestas en la práctica regional o internacional comparable.

Ahora bien, en caso de ocasionarse daños transfronterizos, el Estado de origen y el Estado afectado negociarán a petición de uno u otro, la naturaleza y la cuantía de la indemnización u otra forma de reparación por los daños sensibles causados por una de las actividades mencionadas, partiendo del principio de que la víctima de un daño no debe soportar toda la pérdida y de acuerdo a los siguientes factores de negociación:

*a)* En caso de actividades del apartado a) del artículo 1o., la medida en que el Estado de origen haya cumplido sus obligaciones de prevención contempladas en el capítulo II.

*b)* En el caso de actividades del apartado a) del artículo 1o., la medida en que el Estado de origen haya ejercido la debida diligencia para prevenir o minimizar el daño.

*c)* La medida en que el Estado de origen haya sabido, o haya tenido los medios de saber, que una de las actividades a que refiere el artículo 1o., se desarrollaba o estaba a punto de desarrollarse en su territorio o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control.

*d)* La medida en que el Estado de origen participe en los beneficios de la actividad.

*e)* La medida en que el Estado afectado participe en los beneficios de la actividad.

*f)* La medida en que cualquiera de los dos estados haya dispuesto de asistencia de terceros estados o de organizaciones internacionales, o la haya recibido.

*g)* La medida en que las personas lesionadas puedan obtener razonablemente indemnización, o la hayan recibido, en virtud de un procedimiento ante los tribunales del Estado de origen o de alguna otra manera.

*h)* La medida en que la legislación del Estado lesionado disponga el pago de una indemnización u otra forma de reparación por el mismo daño.

*i)* Las normas de protección aplicadas en relación con actividad comparable por el Estado afectado y en la práctica regional internacional.

*j)* La medida en que el Estado de origen haya adoptado medidas para prestar asistencia al Estado afectado para minimizar la pérdida o el daño.

#### IV. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

De acuerdo con las consideraciones anteriores, puede concluirse que la responsabilidad por contaminación o daños al medio ambiente puede originarse por la comisión de un delito internacional, bien sea porque se viole un tratado o una norma consuetudinaria. En este supuesto, únicamente el o los estados afectados podrán exigir responsabilidad internacional.

Actualmente hay una multiplicidad de tratados de carácter universal, regional y bilateral en materia ambiental. Al lado de las normas convencionales se encuentran normas consuetudinarias ambientales que presentan en términos generales perfiles de carácter negativo.

Se ubica dentro de las normas convencionales y consuetudinarias, la referente a la obligación de la debida diligencia, norma que actualmente se considera incluso como un principio general en la materia.

Al referirse a dicha norma, Alonso Gómez-Robledo comenta:

La obligación de debida diligencia es sin lugar a dudas una noción muy flexible, susceptible de ser adaptable a las circunstancias en forma muy diversa; sin embargo, están también fuera de toda duda que dicha obligación impone ineluctablemente a todo Estado el deber de poseer de manera permanente el aparato jurídico y material necesario a fin de asegurar “razonablemente” el respeto de las obligaciones internacionales, debiéndose dotar en el terreno de la protección del medio ambiente, de la legislación y reglamentación administrativa, civil y penal que sean necesarias.

Así, si la obligación de no contaminar se reduce a una obligación de debida diligencia adaptable a las circunstancias del caso, a fin de no producir a terceros daños de carácter “sustancial”, esto implicará que forzosamente deberá de tenerse en cuenta, en la apreciación de los deberes de vigilancia, la situación en la cual se encuentran los países en vías de desarrollo, en particular si se tiene que hacer frente a un alto costo económico y social para problemas de contaminación.<sup>13</sup>

En caso de que se presenten las circunstancias excluyentes de ilicitud, como el caso fortuito, fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad, no se exime al Estado, aunque no surja responsabilidad

<sup>13</sup> Gómez-Robledo, Alonso, *Temas selectos de derecho internacional público*, 2a. ed., México, UNAM, 1994, pp. 173 y 174.

internacional, de la obligación de reparar los daños ocasionados de conformidad con el artículo 34 del proyecto.

Vinculado con las circunstancias excluyentes de ilicitud, ubicamos un incidente reciente dentro de la materia del medio ambiente citado por la Comisión de Derecho Internacional. El 18 de marzo de 1967, el petrolero Torrey Canyon, que enarbolaba pabellón liberiano y transportaba una carga de 117,000 toneladas de petróleo crudo, chocó contra unas rocas sumergidas frente a la costa de Cornwall, aunque fuera de las aguas territoriales británicas. Se abrió una vía de agua en el casco y después de sólo dos días se habían vertido al mar cerca de 30,000 toneladas de petróleo.

Era la primera vez que se registraba un incidente tan grave y no se sabía cómo remediar las consecuencias que amenazaban con ser desastrosas para las costas inglesas y sus habitantes.

El gobierno británico recurrió a distintos mecanismos para evitar más daños de los que ya se habían ocasionado. Utilizó primero detergentes para disolver el petróleo que se había extendido en el superficie del mar, pero sin resultados apreciables; ayudó a la compañía de salvamento contratada por el propietario del navío para desencallar el barco, pero en los días 26 y 27 de noviembre, el Torrey Canyon se partió en tres pedazos y otras 30,000 toneladas de petróleo se virtieron en el mar.

La compañía de salvamento abandonó sus esfuerzos, con lo cual el gobierno británico decidió bombardear el navío para destruir el petróleo que quedaba a bordo. El gobierno no expuso una justificación jurídica de su conducta, pero insistió en varias ocasiones de la existencia de un peligro extremo y en el hecho de que la decisión sobre bombardear el navío no había sido adoptada sino después de haber fracasado en todos los demás medios utilizados.

La Comisión de Derecho Internacional estimó que aunque el propietario del navío no hubiera abandonado los restos del naufragio e incluso, aunque hubiera tratado de oponerse a su destrucción, se habría reconocido la licitud internacional de la acción realizada por el gobierno británico en virtud del estado de necesidad.<sup>14</sup>

La reparación de los daños ocasionados al medio ambiente podría darse en las modalidades antes señaladas, puesto que los principios básicos de

<sup>14</sup> Ver Fernández, Tomás Antonio, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, 3a. ed., Madrid, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 279-280.

la reparación fueron establecidos por el Tribunal Permanente de Justicia en el asunto de Chorzow, de la siguiente manera:

...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. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la Restitución en especie; atribución si procede de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no hayan sido cubiertas por la Restitución en especie o por el pago sustitutorio; tales son los principios que deben servir para determinar el importe de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional.<sup>15</sup>

En lo referente al régimen establecido para los crímenes internacionales, en especial el referente al quebrantamiento de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y preservación del medio ambiente, presenta dificultades de orden teórico y práctico que impiden a cualquier Estado de la comunidad internacional exigir dicha responsabilidad.

Dichas dificultades fueron señaladas por varios estados al presentar sus observaciones al proyecto, destacan las de la República Federal Alemana y las de Bulgaria:

— República Federal Alemana

... Sin embargo, la distinción entre crímenes y delitos puede hallar su justificación en el tratamiento de las consecuencias jurídicas. La idea de que la gravedad de la violación de una obligación determinará la gravedad de las consecuencias jurídicas está generalmente admitida. Puede verse otra justificación para distinguir entre crímenes y delitos internacionales en la posibilidad de que los terceros estados adopten una posición diferente respecto de un delito internacional y respecto de un crimen internacional. Como ha expuesto la delegación de la República Federal de Alemania en el debate sobre el informe presentado por la Comisión a la Asamblea General en su trigésimo quinto periodo de sesiones, parece que en el mundo actual hay circunstancias, por excepcionales que sean, en las que un tercer Estado puede tener derecho a adoptar una posición no neutral respecto de un hecho internacionalmente ilícito, aunque éste no le cause un perjuicio inmediato y no vaya dirigido contra él. Si se violan normas de derecho internacional, cuya observancia es de interés para la comunidad de estados en su totalidad, los terceros estados pueden

<sup>15</sup> *Affaire relative a l'Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, *Recueil des arrêts, avis consultatifs de la CPJI (RAAOCP.II)*, serie A, núm. 17, 13 de septiembre de 1928, pp. 5 y 18.

tener perfecto derecho, aunque no se vean inmediatamente afectados, a adoptar con medidas o a participar en ellas.

...Independientemente de cómo se definan las normas cuya violación constituye un crimen internacional, hay que poner objeciones al apartado d) del párrafo 3 del artículo 19. La idea de salvaguardia y protección del medio humano como deber jurídico es relativamente nueva. Comprende un vasto complejo de normas y obligaciones caracterizadas, hasta ahora, por una manifiesta falta de precisión y definición.

En muchos casos, hay una constante interacción entre la aplicación de las normas básicas más generales del derecho internacional y las normas que tienen un carácter más específicamente ecológico. Parece que es ir demasiado lejos incluir todo este sector de las relaciones jurídicas internacionales en la esfera en que un hecho ilícito es por su naturaleza misma un crimen más que un delito. Se recomienda vivamente que se estudie de nuevo el apartado d) del párrafo 3 del artículo 19.

#### — Bulgaria

...La Comisión no sólo ha elaborado una definición general de crimen internacional en el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto, sino que además ha señalado las categorías de crímenes internacionales de especial peligrosidad como la agresión, el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, el genocidio, el *apartheid* y la esclavitud.

El gobierno búlgaro se muestra, sin embargo, escéptico respecto del acierto de considerar a la contaminación masiva como crimen internacional de la misma magnitud que la agresión, el genocidio, el *apartheid* y la esclavitud. Se suma, desde luego, a la idea de calificar a la contaminación masiva como hecho internacionalmente ilícito y opina que la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano no puede colmar la laguna jurídica que todavía existe en esta materia a pesar de algunos principios y normas de derecho internacional en vigor.

En opinión del gobierno búlgaro no existe una marcada tendencia a tratar a la contaminación *per se* como un crimen internacional. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por ejemplo, en donde la Tercera Comisión ha discutido durante muchos años el problema de la contaminación del medio marino, nunca se ha presentado ninguna propuesta de reconocer la contaminación de los mares por barcos o de otras procedencias como un crimen internacional. Por consiguiente, el texto del apartado d) del párrafo 3 del artículo 19 suscita cuestiones que han de ser objeto de nuevos debates para determinar si no sería más procedente definir

la contaminación como un delito internacional en vez de como un crimen internacional.<sup>16</sup>

Las dificultades a las que se aludió, se centran en que la mayoría de las normas que recoge el proyecto, hasta en tanto no se adopte como tratado y se someta a la ratificación de los estados, no se podrá exigir responsabilidad internacional a éstos por la comisión de crímenes internacionales, únicamente si la norma convencional del proyecto (artículo 19), genera la norma consuetudinaria con el paso del tiempo.

También puede originarse responsabilidad internacional cuando en el territorio de los estados o en zonas bajo su jurisdicción o control se realicen actividades peligrosas o riesgosas cuyos efectos contaminantes trascienden sus fronteras. En tal supuesto, se deberá probar que la actividad no fue la causa del daño, ya que de otra forma se tendrán que reparar los daños y perjuicios ocasionados, a pesar de que la conducta fue lícita. Partiendo del principio de que la víctima no debe soportar la pérdida o daño.

<sup>16</sup> *Ibid*, p. 279.