

LA PREVENCIÓN DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES TRANSFRONTERIZOS RESULTANTES DE ACTIVIDADES PELIGROSAS: RECIENTES DESARROLLOS EN DERECHO INTERNACIONAL¹

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ
*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla*

I. INTRODUCCIÓN. MEDIO AMBIENTE Y DERECHO INTERNACIONAL A COMIENZOS DEL SIGLO XXI: LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN DE DAÑOS ECOLÓGICOS

Una de las características –quizás la más destacada²– del Derecho Internacional del medio ambiente, desde la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano de 16 de junio de 1972³ y la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, de 13 de junio de 1992⁴, es que está experimentando una evolución desde una perspectiva bilateral y transfronteriza a otra regional y global. Este cambio no parece que sea casual sino reflejo, como ha ocurrido en otros sectores del Derecho Internacional –en particular, en el campo del Derecho Internacional de los derechos humanos–, de la progresiva, aunque incompleta, sustitución de un Derecho Internacional de la coexistencia por un Derecho Internacional de la cooperación⁵ e incluso, por un Derecho Internacional de la interdependencia en el que cada

¹ El autor desea expresar su agradecimiento al Doctor Joaquín Alcaide Fernández por sus valiosas sugerencias y comentarios de gran ayuda. A él los méritos si los hubiere y al autor los errores e insuficiencias que puedan reprocharse al contenido de estas páginas.

² F. Orrego Vicuña, "La responsabilidad por daño al medio ambiente en el derecho internacional", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 1997, vol. I, p. 286.

³ Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1.

⁴ Doc. A/CONF. 151/5/Rev. 1.

⁵ J.A. Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1991, y *Droit international et souveraineté des Etats*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. 257 (1996). En el ámbito específico de los derechos humanos, del mismo autor, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2001.

vez se toma más en consideración el concepto de humanidad⁶. En este contexto se explica la razón de ser de la prioridad de la prevención sobre la reparación en la protección del medio ambiente, como puso de manifiesto la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 25 de septiembre de 1997 en el *asunto Gacibkovo-Nagymaros*:

“...en materia de protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo de reparación de este tipo de daños”⁷.

El deber de prevención, enunciado en la máxima latina *sic utere tuo ut alienum non laedas* implica para los Estados, como señala Remiro Brotons, “el deber de actuar con la debida diligencia para garantizar que las actividades realizadas bajo su dirección o control no perjudiquen el medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, lo que constituye una obligación general cuya violación generaría responsabilidad internacional”⁸. Ahora bien, como añade este autor, “es menester concretar su contenido para así evitar las apreciaciones subjetivas (discrecionales), facilitar su exigencia y determinar la responsabilidad internacional del infractor por los daños causados a otros Estados”⁹.

Una parte de la doctrina internacionalista¹⁰ y la propia Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante, la “CDI”) ha distinguido del régimen general de la responsabilidad internacional del Estado –en el que el elemento clave es la atribución a un Estado la violación de una obligación internacional a la que está sujeto por el Derecho Internacional¹¹–, la llamada por la CDI *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional*, que no descansa en la intencionalidad subjetiva sino, como escribe Rodríguez Carrión, en el elemento objetivo de un daño manifestado en el territorio de un Estado o bajo su control, o en espacios fuera de la jurisdicción nacional, que es consecuencia material de una actividad o situación que tiene lugar, en todo o en

⁶ R.-J. Dupuy, *L'avenir du droit international dans un monde multicultural*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 459. En el mismo sentido, J.M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad*, Madrid, Trotta, 2002.

⁷ CIJ, *Recueil*, 1997, asunto Gacibkovo-Nagymaros (Hungría y Eslovaquia), sentencia de 25 de septiembre de 1997, párrafo 140. En el mismo sentido la opinión consultiva de este mismo tribunal de 8 de julio de 1996 en el asunto relativo a la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, CIJ, *Recueil*, 1996, párrafo 29.

⁸ A. Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 1130.

⁹ *Ibidem*, p. 1131.

¹⁰ A título representativo de este sector doctrinal puede mencionarse la Resolución del *Institut de Droit International* de 1997, sesión de Estrasburgo, relativa a la responsabilidad en Derecho Internacional en caso de daños causados al medio ambiente, en la que se distingue la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*state responsibility*), de la responsabilidad internacional objetiva o por simple daño (*responsability for harm alone*) y de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente (*civil liability for environmental damage*). “Responsability and Liability under International Law for Environmental Damage”, *Annuaire de l'Institut*, 1998, vol. 67, II, pp. 486 ss.

¹¹ Arts. 1 y 2 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53º Período de sesiones (2001), párrafo 76, pp. 21 a 38 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (de 23 de abril a 1 de junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º Período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/19).

parte, en el territorio o bajo el control de otros Estados¹². De este modo, el principio de prevención y la obligación de diligencia debida que lleva implícito, se ha venido situando en el plano discursivo de la responsabilidad del Estado y en la exigencia de reparar el daño causado intencionadamente o no. En una dialéctica entre responsabilidad subjetiva y otra objetiva del Estado por daños medioambientales transfronterizos derivados de actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, el principio de prevención sería interpretado como la exigencia de no causar daños a otros Estados, de tal modo que producido éste, se entendía que el Estado responsable de la actividad que había causado un daño habría violado su obligación de diligencia debida.

Varias razones explicarían la consideración –que creo incompleta y por ello errónea– del principio de prevención esencialmente como el deber de no causar daño a otro Estado. De un lado, la incertidumbre conceptual que envuelve a este principio que viene a representar al Derecho Internacional del Medio Ambiente *mutatis mutandis* lo que las normas de *ius cogens* al Derecho Internacional general: se sabe de su existencia, bien por su inclusión en numerosos tratados medioambientales¹³ o por su consideración como norma de carácter consuetudinario¹⁴. Al mismo tiempo, sin

¹² A. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 347.

¹³ Véase, al respecto, un exhaustivo análisis en N. De Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 64 ss. A título de ejemplo: en cuanto a la regulación convencional del medio marino: art. 1 del Convenio para la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, hecho en Londres, México DF, Moscú y Washington el 29 de diciembre de 1972. Art. 1 del Convenio internacional para la prevención de la contaminación por los buques (Convenio MARPOL), hecho en Londres el 2 de noviembre de 1973. Art. 1 del Convenio de París de 4 de junio de 1974 para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre, reemplazado por la Convención de París de 22 de noviembre de 1992 para la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nororiental. Arts. 4 a 8 del Convenio para la protección del Mediterráneo contra la contaminación, aprobado en la Conferencia de Barcelona el 10 de febrero de 1970. Art. 5.5 del Protocolo de Atenas, de 17 de mayo de 1980, para la protección del Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre. Arts. 192, 194.1 y 2, 195 y 196, 204, 207 a 212, de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convenio de Montego Bay de 1982). Arts. 5.2 y 10 del Convenio de Bucarest de 21 de abril de 1992 sobre la protección del Mar Negro. En lo que a la protección de ríos: arts. 2.1, 2.2 y 3 de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales, adoptado en Helsinki el 17 de marzo de 1992. Art. 21 del Convenio de Nueva York relativo a los usos de los cursos de aguas internacionales a los fines distintos del de la navegación. Art. 4 del Convenio de Rotterdam de 1998 sobre la protección del río Rhin. En cuanto a la protección de espacios sustraídos a la soberanía de los Estados, como por ejemplo, la Antártida: art. 3.2 del Protocolo sobre protección del medio ambiente, adicional al Tratado de la Antártida, aprobado en Madrid, el 4 de octubre de 1991. Respecto de la protección del aire atmosférico: art. 2 del Convenio de Ginebra de 13 de noviembre de 1979 sobre contaminación transfronteriza de la atmósfera a larga distancia. En cuanto al cambio climático: art. 3.3 de la Convención sobre Cambio Climático adoptada por la Conferencia de Río de Janeiro el 5 de junio de 1992; Sobre la protección de la capa de ozono: art. 2.2.b) de la Convención para la protección de la capa de ozono, adoptado el 22 de marzo de 1985 en Viena. Tratándose del tráfico internacional de residuos peligrosos, art. 4.2.c) de la Convención sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación, hecha en Basilea el 22 de marzo de 1989. Art. 4.3.e) de la Convención sobre la prohibición de la importación a África y sobre el control del tráfico transfronterizo y la gestión de residuos peligrosos dentro de África, hecha en Bamako el 29 de enero de 1993. Respecto de la protección de la biodiversidad: párrafo 8 del Preámbulo y art. 14 del Convenio de Río de 1992 sobre la diversidad biológica.

¹⁴ Entre otros, P. Daillier, y A. Pellet, *Droit International Public*, 7è édition, París, LGDF, 2002, p. 1297. K. Zemanek, “State Responsibility and Liability”, en *Environmental Protection and International Law*, Londres, Graham & Trotman y Martinus Nijhoff, 1991, p. 192.

embargo, se desconoce su contenido exacto y alcance jurídico, como ha reconocido la propia Comisión de Derecho Internacional¹⁵.

De otro lado, la innegable relación entre el principio de prevención y el daño es, igualmente, un factor a tener en cuenta en la explicación de la consolidación del principio de prevención como imponiendo, básicamente, la obligación de resultado de no causar daños a terceros Estados¹⁶. Los instrumentos internacionales que recogen la obligación de diligencia debida lo hacen en relación a un cierto umbral de daño transfronterizo (sensible, considerable, sustancial, etc.) de manera que la constatación de una violación de dicha obligación exige tomar como referencia el daño¹⁷.

En mi opinión, sin embargo, sería erróneo considerar que es necesario que se produzca un daño para constatar una violación del principio de prevención. A diferencia del principio de precaución, el principio de prevención presupone una cierta dosis de certeza en cuanto al riesgo de un eventual daño. La experiencia de actividades anteriores o el empleo de la técnica permiten valorar la posibilidad de que una determinada actividad peligrosa no prohibida por el Derecho Internacional pueda generar un daño transfronterizo sin necesidad de que se materialice efectivamente éste. Siendo posible exigir que a mayor riesgo de daño deba prestarse una mayor diligencia o cuidado en el desempeño de esa actividad¹⁸, el análisis sobre el respeto o violación del principio de prevención no debería ponerse tanto en su dimensión de obligación de resultado (no causar daños transfronterizos a otros Estados) como de comportamiento (una determinada diligencia en la conducción de actividades peligrosas que, no estando prohibidas en el Derecho Internacional, son susceptibles de ocasionar un riesgo de daños a otros Estados).

Es cierto, como señala Rodríguez Carrión, que en algunas obligaciones internacionales de diligencia debida, un Estado sólo será internacionalmente responsable por la violación de su obligación si se produce un resultado de daño, por ejemplo tratándose de la obligación de proteger la residencia de una embajada

¹⁵ Véase, por ejemplo, el par. 29 del Primer Informe del Relator Especial sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, de 18 de marzo de 1998, A/CN.4/487, p. 12.

¹⁶ Como recuerda la CDI en el párrafo 169 de su Informe sobre su 55º período de sesiones, 2003, A/58/10, p. 84, el principio vertebrador del tema objeto de sus trabajos se desgrana en tres aspectos interconectados: a) cada Estado debería tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que sea compatible con los derechos e intereses de otros Estados; b) la protección de tales derechos e intereses exigiría la adopción de medidas preventivas, y c) en la medida en que ello fuera posible con esos dos principios, no se debería dejar que la víctima inocente (esto es, quien no es responsable del daño transfronterizo) tuviera que soportar la pérdida o el perjuicio. Se añade, además, que "los proyectos de artículo sobre la prevención ya reflejaban el primer objetivo y, en parte, el segundo, pero el reto que ahora se planteaba a la Comisión era poner en práctica los restantes elementos del principio; en particular, había que alentar a los Estados a celebrar acuerdos internacionales y a promulgar las disposiciones legislativas pertinentes, así como a poner en práctica mecanismos que permitieran la aplicación de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluida la indemnización de las actividades que entrañasen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible". *Ibidem*, párrafo 170.

¹⁷ Como recuerda el Relator Especial en su primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *op. cit.*, p. 36, par. 111, apartado d).

¹⁸ Véanse en este sentido los par. 55, apartado f) y 111, apartado e) del Primer Informe del Relator Especial sobre prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, pp. 23 y 36. *Op. cit.*

extranjera frente a manifestaciones hostiles o ataques individuales¹⁹. Pero se tratarían, como el propio profesor Rodríguez Carrión reconoce, de obligaciones muy específicas que, no serían susceptibles de transposición en el ámbito específico del Derecho Internacional del medio ambiente, en donde el principio de prevención tiene entidad jurídica suficiente como para imponer obligaciones precisas sobre los Estados cuya violación puede generar la responsabilidad internacional de éstos, incluso, al margen de la producción de un daño material a terceros Estados. De ahí el acierto de la Comisión de Derecho Internacional que en su 53º período de sesiones en 2001, aprobó un *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*²⁰, redefiniendo su trabajo y ciñéndolo al principio de prevención como cuestión independiente de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional²¹.

La estructura de las páginas siguientes pretende responder a tres planos de cuestiones: en cuanto al contenido y alcance jurídico del principio de prevención, en primer lugar. Seguidamente, respecto de la responsabilidad internacional derivada de su violación. En tercer lugar, por último, en lo que a las consecuencias jurídicas que resultan de dicha relación de responsabilidad se refiere.

¹⁹ A.J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., *op. cit.*, p. 320.

²⁰ Párrafo 97, pp. 410-417, del Informe de la CDI en su 53º período de sesiones, *op. cit.*, *vid. supra* nota a pie nº 11.

²¹ El tema de la "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional" fue incluido por la CDI en su programa de trabajo en su 30º período de sesiones (1978). Desde entonces, diversos relatores han venido ocupándose del mismo (Robert Q. Quentin-Baxter, 1978-1984; Julio Barboza, 1985-1996; y Pemmaraju Sreenivasa Rao, desde 1997. Habida cuenta de la ambigüedad del título del tema y de los problemas de fondo (tales como el vínculo entre prevención y responsabilidad, la función de la responsabilidad causal como base para la creación de un régimen internacional, el alcance de las actividades y los criterios para delimitar el 'daño transfronterizo' y el umbral de daño comprendido dentro del ámbito del tema (ver, al respecto, la nota a pie nº 162 del Informe de la CDI sobre su 55º período de sesiones, 2003, A/58/10, p. 83). La CDI decidió en 1992 adoptar una aproximación gradual sobre el tema, ocupándose en primer lugar de la prevención de los daños transfronterizos para pasar después a las medidas correctivas (Anuario... 1992, vol. III, segunda parte, párrafos 341 a 349). No obstante, en su 48º período de sesiones, en 1996, la CDI volvió a considerar el tema de forma completa; esto es, tratando conjuntamente el principio de prevención y la obligación de conceder una indemnización u otra reparación.

El Grupo de trabajo establecido por la CDI en su 49º período de sesiones en 1997 a fin de examinar el modo en que debería proceder ésta en relación con el tema, señaló que el ámbito y el contenido del mismo seguían sin ser claros debido a dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la 'responsabilidad de los Estados'. Advirtió, además, que dentro del tema, la CDI había venido tratando dos cuestiones que, aunque relacionadas, eran distintas entre sí: la 'prevención' y la 'responsabilidad internacional', sugiriendo que en adelante, cuando nombró a Pemmaraju Sreenivasa Rao como Relator Especial encargado de tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección titulada "Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas". La CDI concluyó su labor sobre esta primera parte del tema en su 53º período de sesiones, en 2001, con la aprobación del texto definitivo de un proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. En su 54º período de sesiones, en 2002, la CDI reanudó su examen de la segunda parte del tema "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional (Responsabilidad Internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)" y nombró a Pemmaraju Sreenivasa Rao como Relator Especial del tema (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento nº 10, A/57/10, párrafo 441).

II. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN: LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA

Numerosos autores han considerado que el deber de prevención imponía a los Estados que planificaban o realizaban actividades no prohibidas por el Derecho Internacional aunque ecológicamente peligrosas, una obligación de debida diligencia en la gestión del riesgo de daño asociado a tales actividades. Estos autores entendían que resultaba incumplida dicha obligación, en virtud del principio de "el que contamina paga" por el mero hecho de la producción del daño medioambiental.

De esta forma, han venido configurando el deber de prevención como una obligación de resultado: evitar la producción de un daño a otros Estados²². Ahora bien, otros autores han defendido la tesis de que la obligación impuesta a los Estados en virtud del principio de prevención sería de comportamiento, la diligencia debida, y no de resultado²³. Esto es, la responsabilidad internacional del Estado podía o no originarse con independencia de que se hubiera o no producido un daño ecológico a terceros Estados. Algunos autores, como Pierre-Marie Dupuy —con quien coincido—, han estimado que el principio de prevención impone dos obligaciones complementarias y diferentes, de comportamiento y de resultado, respectivamente: de un lado, la obligación de gestionar el riesgo de la manera en que lo haría "un buen gobierno" (principio de la debida diligencia); de otro lado, la obligación de no permitir que un Estado sufra en su territorio o bajo su control, un daño derivado de actividades realizadas bajo su soberanía, jurisdicción o control (principio de la no utilización perjudicial del territorio)²⁴.

Entiendo que el principio de prevención de daños medioambientales transfronterizos resultantes de actividades peligrosas contemplaría tanto una obligación de comportamiento como de resultado. El art. 3 del *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y cuyo enunciado es el siguiente:

²² F. Orrego Vicuña, "La responsabilidad por daño al medio ambiente en el Derecho Internacional", *op. cit.*, pp. 289-290. C. Fernández de Casadevante Romani, "Responsabilidad internacional del Estado y protección del medio ambiente: insuficiencias de la obligación de prevención", *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, pp. 144-145. Institut de Droit International, "Responsability and Liability under International Law for Environmental Damage", *Annuaire, op. cit.*, p. 492: "Art. 4: Responsabilidad por simple daño". J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 116.

²³ J. Barboza, "International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by International Law and Protection of the Environment", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1994-III, n° 247, p. 336. En los propios términos de este autor: "es una obligación de diligencia debida y en modo alguno una obligación de resultado, y su incumplimiento por el Estado de origen genera responsabilidad por hecho ilícito" (la cursiva es añadida). En el mismo sentido: M.T. Ponte Iglesias, *La contaminación fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Xunta de Galicia, 1989, p. 214; M. Pérez González, "La responsabilidad internacional (II)", Capítulo XXXIV en M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 14ª edición, 2003, p. 769; P. Jiménez de Parga y Maseda, *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, op. cit.*, p. 133.

²⁴ P.-M. Dupuy, "Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?", *Revue Générale de Droit International Public*, 1997-4, p. 881.

"El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo"²⁵

estaría contemplando una obligación de comportamiento junto a la de resultado, como se deduce del comentario a dicho *Proyecto de artículos* en el que se señala respecto del referido art. 3 que:

"el artículo subraya el deber principal del Estado de origen de prevenir los daños transfronterizos sensibles y, únicamente en el caso de que ello no sea posible por completo, deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo de causar los daños. La frase 'en todo caso' tiene por objeto expresar que la obligación de prevención tiene prioridad. La palabra 'minimizar' debe entenderse en este contexto en el sentido de que el objetivo es reducir al mínimo la posibilidad de daños... La obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida. La conducta del Estado de origen es la que determinará si éste ha cumplido sus obligaciones en virtud de los presentes artículos. Sin embargo, la obligación de diligencia debida no pretende garantizar la prevención total de daños sensibles, cuando no es posible lograrla. En todo caso, el Estado de origen deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo. En ese sentido, esa obligación no garantiza que el daño no se producirá"²⁶.

En este sentido, la obligación genérica de la debida diligencia *ex ante* (anterior al daño) y *ex post facto* (una vez causado éste, minimizando sus efectos)²⁷ se concreta en el *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, desde la perspectiva de los referidos principios, en once obligaciones de comportamiento para los Estados interesados, y de modo especial, a cargo del Estado de origen: la aplicación de medidas internas por los Estados (art. 5); la autorización (art. 6); la evaluación del riesgo (art. 7); la notificación e información (art. 8); la consulta sobre las medidas preventivas (art. 9); el intercambio de información (art. 12); la información al público (art. 13); la no discriminación (art. 15); la preparación para casos de emergencia (art. 16); la notificación de una emergencia (art. 17); y, por último, la obligación de solución de controversias (art. 19)²⁸.

- ²⁵ Véase, al respecto, el art. 2 del Proyecto: "A los efectos de los presentes artículos:
- El 'riesgo de causar daño transfronterizo sensible' abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico;
 - Se entiende por 'daño' el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente;
 - Se entiende por 'daño transfronterizo' el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes;
 - Se entiende por 'Estado de origen' el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el art. 1;
 - Se entiende por 'Estado que pueda resultar afectado' el estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;
 - Se entiende por 'Estados interesados' el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado".

²⁶ Párrafos 3º y 4º del Comentario al art. 3 del Proyecto... *op. cit.*, pp. 434 y 435 del Informe de la CDI en su 53º Período de sesiones, *op. cit.*

²⁷ Ver parás. 58 a 65 del Primer Informe del Relator Especial sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *op. cit.*, pp. 24 y 25, en especial, el pará. 65.

²⁸ En este punto el Proyecto de la CDI se asemeja en gran medida, aunque con algunas diferencias, a las propuestas realizadas por los anteriores Relatores Especiales. Véase el pará. 55 del Primer Informe

El principio de prevención impone al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible (arts. 1 y 2 del referido *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo*), dos obligaciones complementarias aunque diferentes: por una parte la obligación de gestionar el riesgo de una manera apropiada; de otra parte, la obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con los derechos de otros Estados. El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional se ha centrado primordialmente sobre la primera de ambas obligaciones lo cual merece ser destacado positivamente considerando la dificultad de establecer el incumplimiento de una obligación tan genérica como es la derivada de la debida diligencia.

La importancia de estas obligaciones, que concretan la obligación de gestionar el riesgo de una manera apropiada, es evidente pues palian una carencia denunciada desde la doctrina y la conveniencia de establecer estándares internacionales de comportamiento –ecoestándares– que permitiesen objetivar la obligación genérica de diligencia debida²⁹. Sin embargo, en mi opinión, no debería olvidarse que la segunda obligación implícita en el principio de prevención –la obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con los derechos de otros Estados– exigiría que tales once obligaciones específicas sean consideradas a partir de los principios rectores que configuran el principio de prevención y que son, respectivamente, los principios de cooperación, de buena fe, del justo equilibrio, de precaución y de la cláusula social, más conocido como “principio de obligaciones compartidas pero diferenciadas”.

A) La obligación de gestionar el riesgo de una manera apropiada

La obligación de la diligencia debida aparece concretada en el *Proyecto de artículos* de la Comisión de Derecho Internacional *sobre prevención del daño transfronterizo* en once obligaciones específicas de comportamiento a cargo de los Estados interesados y, en particular, respecto del Estado de origen: la aplicación de medidas internas por los Estados (art. 5)³⁰, la autorización (art. 6)³¹, la evaluación del riesgo (art. 7)³², la no-

del Relator Especial sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, *op. cit.*, p. 23.

²⁹ A. Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, *op. cit.*, p. 1131. C. Fernández de Casadevante Romani, “Responsabilidad internacional del Estado y protección del medio ambiente: insuficiencias de la obligación de la prevención”, *op. cit.*, p. 148.

³⁰ “Este artículo enuncia que los Estados están obligados a adoptar las medidas de aplicación necesarias, ya sea legislativas, administrativas o de otra índole”. Párrafo 1º del comentario al art. 5. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 443.

³¹ “Este artículo establece el principio fundamental de que se requiere la autorización previa de un Estado para realizar actividades que impliquen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible en su territorio, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control”. Párrafo 1º del comentario al art. 6. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 444.

³² “En virtud del art. 7, el Estado de origen, antes de conceder la autorización necesaria a los encargados de realizar alguna de las actividades a que se refiere el art. 1, debería velar porque se procediera a evaluar el riesgo de que esa actividad pudiera causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permitirá al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por

tificación e información (art. 8)³³, la consulta sobre las medidas preventivas (art. 9)³⁴, el intercambio de información (art. 12)³⁵, la información al público (art. 13)³⁶, la no discriminación (art. 15)³⁷, la preparación para casos de emergencia (art. 16)³⁸, la notificación de una emergencia (art. 17)³⁹ y la obligación de solución de controversias (art. 19)⁴⁰.

consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar”. Párrafo 1º del comentario al art. 7. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 447.

³³ El art. 8 obliga a que “cuando la evaluación revele riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado que se proponga realizar esa actividad tendrá la obligación de notificar a los Estados que puedan resultar afectados. Esa notificación deberá ir acompañada de la información técnica disponible en que la evaluación se base”. Párrafo 6º del comentario al art. 8. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 454.

³⁴ “El art. 9 requiere que los Estados interesados se consulten para acordar medidas destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Según el momento en que se invoque el art. 9, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización”. Párrafo 1º del comentario al art. 9. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 456. Dichas consultas habrán de hacerse de buena fe (párrafo 2º del comentario al art. 9) y “las partes buscarán soluciones basadas en el equilibrio equitativo de intereses previsto en el art. 10”. Párrafo 10º del comentario al art. 9, *op. cit.*, p. 458.

³⁵ “El art. 12 obliga al Estado de origen y a los demás Estados interesados a intercambiar información sobre la actividad después de haber sido ésta emprendida... No se trata de cualquier información. El deber de prevención basado en el concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere un esfuerzo continuado. Ello significa que la diligencia debida no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse ésta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga”. Párrafo 2º del comentario al art. 12. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 469. Dicho intercambio debe ser realizado, además, oportunamente. Párrafo 5º del comentario al art. 12, *op. cit.*, p. 470.

³⁶ “El art. 13 requiere que los Estados, siempre que sea posible y por los medios apropiados, faciliten al público que pueda resultar afectado, de su propio Estado o de otros Estados, información relativa al riesgo que entraña una actividad y a los daños que pudieran derivarse de ella con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados a) que faciliten al público información sobre la actividad y sobre el riesgo y los daños que supone y b) que averigüen la opinión del público”. Párrafo 1º del comentario al art. 13. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 471.

³⁷ “El art. 15 obliga a los Estados a garantizar que toda persona, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, que pueda sufrir un daño transfronterizo sensible a causa de las actividades a que se refiere el art. 1, con independencia del lugar en que se haya producido el daño, reciba el mismo trato que el concedido por el Estado de origen a sus nacionales en caso de daños de carácter interno”. Párrafo 2º del comentario al art. 15. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 477.

³⁸ “En este artículo se enuncia una obligación que exige medidas de anticipación más bien que de reacción... Si bien los Estados de origen deben asumir la responsabilidad primordial de la elaboración de planes de contingencia, en muchos casos puede ser apropiado prepararlos en cooperación con otros Estados que puedan resultar afectados y con las organizaciones internacionales competentes. Por ejemplo, puede ocurrir que los planes de emergencia necesiten la intervención de otros Estados que puedan resultar afectados, así como de organizaciones internacionales competentes en una esfera determinada”. Párrafos 1º y 2º del comentario al art. 16. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 480.

³⁹ “Este artículo trata de las obligaciones del Estado de origen que tiene que hacer frente a una situación de emergencia”. Párrafo 1º del comentario al art. 17. *Informe de la CDI...*, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁰ “El art. 19 establece una norma básica para el arreglo de controversias acerca de la interpretación o aplicación del régimen de prevención enunciado en los presentes artículos. La norma tiene carácter subsidiario y se aplica cuando los Estados interesados no tienen ningún acuerdo aplicable al arreglo de dichas controversias... Si los Estados interesados no pueden llegar a un acuerdo sobre alguno de los medios de arreglo pacífico de controversias en un plazo de seis meses, el párrafo 2 del art. 19 obliga a los Estados, a petición de uno de ellos, a recurrir al establecimiento de una comisión imparcial de determinación de los hechos... El informe de la comisión debe, en general, constatar o aclarar ‘hechos’. En la medida en que esto no presupone estimación o evaluación algunas, por lo general una vez determinados los hechos ya no cabe disputarlos. Los Estados interesados todavía pueden dar el peso que estimen adecuado a esos ‘hechos’ a efectos de llegar a una solución de la controversia. Sin embargo, el art. 19 exige que los

B) La obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con los derechos de otros Estados

Como se ha señalado, los deberes específicos que concretan la obligación genérica de diligencia debida deben ser considerados a la luz de diversos principios generales, el primero de los cuales es el *principio de cooperación*. Enunciado en el Preámbulo y en el art. 4 del *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo*, constituye un fundamento básico del principio de prevención⁴¹. Así lo ha señalado la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al art. 4 del referido proyecto de artículos: "el principio de cooperación entre los Estados es esencial para trazar y aplicar políticas eficaces destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo y debe ser, además, una cooperación de buena fe"⁴².

La mención al *principio de la buena fe* aparece referido en el proyecto de artículos en conexión con el principio de cooperación. Sin embargo, siendo un principio estructural del Derecho Internacional⁴³, debe entenderse que manifiesta sus efectos no sólo respecto del art. 4 relativo a la cooperación sino también con relación a las distintas obligaciones que en el articulado del proyecto objetivan el deber de diligencia debida⁴⁴. La relevancia del *principio del justo equilibrio* en la configuración del deber de prevención ha sido igualmente destacada por la Comisión de Derecho Internacional en su comentario al proyecto de artículos señalando al respecto que

Estados interesados, como mínimo, consideren de buena fe el informe de la comisión de determinación de los hechos". Párrafos 1º, 4º y 7º del comentario al art. 19. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 486 a 488.

⁴¹ Párrafo 3º del comentario al art. 3 del proyecto. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 434.

⁴² Párrafos 1º y 2º del comentario al art. 4 del proyecto. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 441. A la luz del párrafo 5º del comentario al art. 4 del Proyecto de artículos de la CDI, las Organizaciones Internacionales pueden negarse a prestar esa cooperación pero se nos suscita la duda de si puede negarse el Estado que planifica o realiza una actividad de riesgo. En este sentido ¿exigiría el principio de cooperación la recepción por parte de un Estado tecnológicamente menos avanzado del uso de una tecnología que conlleve menos riesgos de daño si así se lo solicitan los demás Estados interesados? En otro orden de cosas, ¿puede sostenerse que sólo se contempla la ayuda institucionalizada, esto es, aquella ofrecida por una Organización Internacional, o cabe pensar que el art. 4 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional contempla igualmente la ayuda descentralizada, esto es, la ofrecida por Estados al margen de cualquier marco institucional? ¿Podría el Estado de origen negarse arbitrariamente a esta ayuda al margen de una organización internacional? No he encontrado en el Proyecto de artículos de la CDI una respuesta a estas cuestiones, pero creo que un Estado tecnológicamente menos avanzado que quisiera realizar una actividad ecológicamente peligrosa no podría negarse arbitrariamente a la recepción de una asistencia cuando es recabada por los demás Estados interesados y se ofrece en un marco institucionalizado. Tal sería la exigencia del principio de la buena fe que subyace al principio de cooperación en el deber de prevención de daño transfronterizo.

⁴³ Véase, por ejemplo, el párrafo 46 de la sentencia de 20 de diciembre de 1974 en el asunto de los ensayos nucleares, CIJ, *Recueil*, 1974, p. 253.

⁴⁴ En este sentido, léase el art. 19 del proyecto de artículos sobre prevención de daño transfronterizo, que establece la obligación, a cargo de los Estados interesados, de solucionar rápida y pacíficamente cualquier controversia que surja acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos. En el párrafo 2º de esta disposición se prevé la posibilidad para cualquiera de las partes en la controversia, de no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, de solicitar que se establezca una Comisión imparcial de determinación de los hechos, cuyas conclusiones y recomendaciones no son jurídicamente vinculantes deben ser consideradas de buena fe por las partes en la controversia. Párrafo 3º del art. 19 del proyecto. *Informe de la CDI...*, op. cit., pp. 486 a 488.

"el art. 3 es complementario de los arts. 9 y 10 y forma con ellos un conjunto armonioso"⁴⁵, y que "las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a virtualmente todas las actividades. *La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados interesados*"⁴⁶ (la cursiva es añadida).

En cuarto lugar debe mencionarse el *principio de precaución* que refuerza la dimensión dinámica –obligación de comportamiento– del deber de prevención⁴⁷ y por último, hay que aludir al *principio de la cláusula social*, más conocido como el *principio de las obligaciones compartidas pero diferenciadas*, que para algunos autores sería de carácter estructural en el Derecho Internacional del Medio Ambiente⁴⁸, no está enunciado de manera autónoma en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, sino en conexión con el principio de precaución, en el mismo sentido en que viene considerándolo la mayor parte de la doctrina⁴⁹.

III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PREVENCIÓN

Ya se ha señalado que, desde finales de los años setenta, el proceso de codificación de la responsabilidad internacional objetiva o por riesgo lo ha sido de forma separada a la responsabilidad internacional de los Estados, en la medida en que aquélla se centra "no ya en la idea de la responsabilidad por la violación de una obligación internacional, sino en el simple establecimiento de una garantía jurídica de reparación de los posibles daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas, pero ecológicamente peligrosas"⁵⁰. Sin embargo, a las dificultades inherentes a la prueba de la responsabilidad internacional objetiva o por riesgo, por ejemplo, con relación a

⁴⁵ Párrafo 4º del comentario al art. 3 del proyecto. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 434.

⁴⁶ Párrafo 2º *in fine* del comentario al art. 2. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 430. Véase, con relación a este principio: P.-M. Dupuy, "Où en este le droit international de l'environnement...", op. cit., p. 880.

⁴⁷ Párrafo 5º del comentario al art. 3. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 434. "La obligación de adoptar todas las medidas apropiadas... no puede limitarse a actividades de las que ya se ha determinado adecuadamente que entrañan tal riesgo. Esa obligación comprende la adopción de medidas apropiadas para identificar las actividades que entrañan tal riesgo y tiene carácter permanente". Al respecto señala la CDI: "lo que se considera como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. En consecuencia, la diligencia debida al garantizar la seguridad requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y de la evolución científica" (párrafo 11 del comentario al art. 3. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 437). En consecuencia, la CDI señala: "la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo, puede implicar, entre otras cosas, la adopción de las medidas que correspondan a manera de precaución suficiente, aunque no exista la certidumbre científica plena, para evitar o prevenir un daño grave o irreversible" (párrafo 14 del comentario al art. 3. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 438).

⁴⁸ J. Barboza, "International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by International Law and Protection of the Environment", op. cit., p. 363; F. Orrego Vicuña, "La responsabilidad por daño al medio ambiente en el Derecho Internacional", op. cit., p. 284.

⁴⁹ Por ejemplo, F. Mariño Menéndez, "La protección internacional del medio ambiente (I) Régimen General", Capítulo XXXI de M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª edición, op. cit., pp. 683 ss.; F. Orrego Vicuña, "La responsabilidad por daño al medio ambiente en el Derecho Internacional", op. cit., p. 284.

⁵⁰ J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, op. cit., p. 119.

la exigencia de la conducta que cabe esperar de un buen gobierno a falta de criterios objetivos generalmente aceptados⁵¹ se sumó un segundo obstáculo a la labor de la Comisión de Derecho Internacional: las reticencias entre los autores a este tratamiento diferenciado y, en especial, la consideración del deber de reparar los daños derivados de actividades peligrosas como una norma primaria y no como una norma secundaria. Esto es, aplicable en caso de violación de una obligación internacional que sería la norma primaria. En relación con los regímenes convencionales sobre responsabilidad por actividades ultrapeligrosas —de las actividades en el espacio ultraterrestre, de las actividades nucleares con fines pacíficos, del transporte de sustancias peligrosas como los hidrocarburos y, en general, de cuantas actividades puedan causar daños en el medio ambiente—, el profesor Pastor Ridruejo se interroga:

“¿no existiría, acaso, una norma primaria de carácter genérico que obligaría al Estado en cuyo territorio o bajo cuyo control tienen lugar las actividades en cuestión a la adopción de las medidas necesarias para impedir la producción del daño a otros Estados o a sus nacionales? Es cierto que los regímenes convencionales de que se trata sólo regulan de manera explícita la obligación de reparar y sus modalidades prácticas, pero ¿no están partiendo de una norma implícita —que exigiría la adopción de las medidas necesarias para que no se produzca el daño? ¿Estaríamos realmente, en el caso de las actividades ultrapeligrosas, ante un supuesto auténtico de responsabilidad por hechos no prohibidos por el Derecho Internacional? Pero aún surge otra cuestión, de mayor interés práctico que la anterior. ¿Puede sostenerse la existencia en el derecho internacional general de una norma que prohibiría a los Estados realizar o consentir la realización en su territorio por personas o entidades sometidas a su jurisdicción de actos que puedan causar daños a otros Estados o a sus nacionales? En otros términos, ¿constituye el principio sic utere tuo ut alienum non laedas una norma operativa y positiva del Derecho Internacional general?”⁵²

En opinión de este autor, al no figurar en un tratado obligatorio sino en una resolución de una conferencia internacional —el principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1972—, el principio de prevención

“no pasaría por ser, hoy por hoy, más que una manifestación del soft law, una declaración de valor primordialmente programático”⁵³.

No comparto en este punto la opinión del profesor Pastor sino que coincido con Pierre-Marie Dupuy quien, aun aceptando que el principio 21 de la citada Declaración no sea en sí mismo jurídicamente vinculante, argumenta que ha sido reiteradamente mencionado por la Corte Internacional de Justicia que lo ha señalado como una norma de derecho consuetudinario de importancia determinante⁵⁴.

⁵¹ F. Orrego Vicuña, “La responsabilidad por daño al medio ambiente en el Derecho Internacional”, *op. cit.*, p. 288. J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, *op. cit.*, p. 73, y C. Fernández de Casadevante Romani, “Responsabilidad internacional del Estado y protección del medio ambiente: insuficiencias de la obligación de prevención”, *op. cit.*, p. 150.

⁵² J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª edición, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 547 y 548.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ P.-M. Dupuy, “Où en est le droit international de l'environnement...”, *op. cit.*, p. 880. En particular, cita la Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 relativa a la licitud de la amenaza o del empleo del arma nuclear, CIJ, *Recueil*, 1996, par. 29, y la sentencia de 25 de septiembre de 1997 en el asunto Proyecto Cabkikovo-Nagymaros (Hungría y Eslovaquia), CIJ, *Recueil*, 1997, par. 53. Además, y en otro orden de cosas, el profesor Dupuy se muestra escéptico acerca de la existencia de la responsabilidad

En la fase actual de sus trabajos sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, la Comisión de Derecho Internacional se centra en elaborar un modelo de asignación de la pérdida⁵⁵. Avanza lentamente en esta tarea por diversas dificultades, a destacar, en particular, dos: de una parte, ante la constatación de que en ningún ordenamiento jurídico resulta fácil establecer un vínculo de causalidad y demostrar que se ha incurrido en inobservancia, culpa o ambas circunstancias en el cumplimiento de una obligación de diligencia debida exigida por la ley con respecto a un acto ilícito. De otra parte, dado que el incumplimiento de la obligación de los ciudadanos privados de actuar con la debida diligencia no puede atribuirse fácilmente al Estado como conducta ilícita que entrañe responsabilidad⁵⁶. Al abordar la relación entre prevención y responsabilidad de los Estados derivada de daños producidos por actividades peligrosas, los trabajos de los Relatores Especiales, Quentin-Baxter y Barboza, colocaron el énfasis en la responsabilidad por daño más que en la derivada por el mero hecho de incumplimiento de la obligación de diligencia debida⁵⁷. La mayoría de las ideas señaladas, recogidas en las propuestas de 1996 del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (justo antes de que se hiciera cargo el Relator Especial Rao), fueron generalmente aceptadas pero se mantenían diferencias en relación con algunos aspectos de la cuestión, entre ellos, el daño *sensible* (umbral de daño) como criterio necesario⁵⁸ y el vínculo entre la prevención y la responsabilidad⁵⁹.

internacional objetiva, ni siquiera en los regímenes convencionales que la establecen, como por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad internacional por los daños causados por ingenios espaciales, de 1972. P. M. Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁵ Primer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, por Pemmaraju Sreenivasa Rao (A/CN.4/531), de 21 de marzo de 2003. Documentos Oficiales de la Asamblea General, 57º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/57/10), par. 430 a 457.

⁵⁶ Par. 2 y 3 del Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida, *op. cit.* Como indica en este último párrafo: “Las negociaciones internacionales con las que se trató de establecer alguna forma de responsabilidad de los Estados, en el contexto del transporte internacional de desechos peligrosos o en la Antártida, por ejemplo, no han tenido éxito a pesar de varios años de esfuerzos persistentes. La jurisprudencia al respecto es escasa, y la base sobre la que algunas peticiones de indemnización llegaron a resolverse entre los Estados en algunos casos se presta a diferentes interpretaciones. Tales casos no apoyan decididamente la responsabilidad de los Estados. La función del Derecho Internacional consuetudinario a este respecto es también modesta”.

⁵⁷ Par. 8 y 10 del Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida, *op. cit.* Como se especifica, el incumplimiento de las obligaciones procesales de prevención podría entrañar ciertas consecuencias procesales adversas para el Estado que hubiera realizado los actos o para el Estado de origen, pero no en sí su responsabilidad, ya que ésta entraría en juego solamente cuando se hubiera producido un daño. Así pues, el incumplimiento de las obligaciones procesales de prevención acarrearía, con arreglo a este planteamiento, consecuencias jurídicas y materiales más graves para el Estado de origen (una responsabilidad objetiva agravada). El contenido y alcance de estas consecuencias agravadas son precisadas más adelante, señalándose que “la falta patente de diligencia y de preocupación por la seguridad y los intereses de otros Estados haría que aumentase el alcance de la responsabilidad y la cuantía de la indemnización pagadera por el Estado de origen”. De igual modo y a la inversa: “el alcance de su responsabilidad y la cuantía de la indemnización podrían ser menores si el Estado de origen hubiera adoptado todas las medidas preventivas que debía tomar en cumplimiento de la obligación de la debida diligencia”. Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida, *op. cit.*, par. 12.

⁵⁸ Ver los par. 29 a 31 del Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida, *op. cit.*

⁵⁹ Ver los par. 33 a 36 del Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida, *op. cit.*

Precisamente, ante el hecho de que estas cuestiones seguían sin resolverse, el órgano de codificación de Naciones Unidas decidió nombrar un nuevo Relator Especial para el subtema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. Limitado así el objeto de los trabajos, algunas respuestas comenzaron a ofrecerse, en particular, en cuanto al umbral de los daños que quedarían comprendidos en el alcance del proyecto de artículos relativos al principio de prevención⁶⁰, aunque seguiría pendiente el tema de la responsabilidad de los Estados y, dentro del mismo, la interrelación existente entre la prevención y la responsabilidad⁶¹.

En mi opinión, cuatro escenarios son previsible en conexión con la responsabilidad derivada de una eventual violación del principio de prevención:

- a) El primero es que a un Estado sea imputable una culpa o dolo con resultado de daño. En tal supuesto, la responsabilidad surgiría tanto por la violación de una obligación internacional como por el resultado objetivo del daño. Al establecer un nexo de causalidad entre la culpa o dolo del Estado y el daño sería, siguiendo una terminología anglosajona, una *responsability for damage*.
- b) El segundo escenario posible es el supuesto en el que a un Estado es imputable una negligencia en el cumplimiento de su obligación de diligencia debida con el resultado de daño. En este segundo caso estaríamos más bien en presencia de una *liability for damage*, entendiéndose por tal, la responsabilidad que reside más que en el incumplimiento de una obligación internacional, en el resultado perjudicial para otro Estado. Aquí se tomaría en consideración el principio de prevención en su dimensión de obligación de resultado, más que en su aspecto dinámico, de obligación de comportamiento.

⁶⁰ "Primero, los artículos tratarían solamente de las actividades que crean un riesgo de daños transfronterizos. Segundo, se debía prevenir el riesgo de un daño sensible. Tercero, el daño había de ser un daño transfronterizo con consecuencias materiales. Así pues, el proyecto de artículos no trataría de la contaminación larvada, de la contaminación procedente de fuentes múltiples ni del daño al patrimonio común de la humanidad. Cuarto, la definición de daño que se adoptase abarcaría el daño a las personas o bienes o al medio ambiente situados dentro de la jurisdicción y sometidos al control del Estado afectado". *Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida*, op. cit., par. 35. Nótese que estas consideraciones relativas al daño se refieren sólo al ámbito del proyecto de artículos sobre prevención pero no al tema de la responsabilidad. Respecto del mismo, el contenido es prácticamente similar aunque en algunos aspectos más precisos, al especificarse, por ejemplo, que las peticiones de indemnización en un contexto de responsabilidad se excluyen respecto de los daños o perjuicios causados al medio ambiente *per se* del patrimonio común de la humanidad, es decir, a las zonas no sometidas a la jurisdicción o al control de ningún Estado. Ver, al respecto, par. 39 a 41 del *Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida*, op. cit.

⁶¹ Al menos se aportaron las bases mínimas (principios rectores) en los que se interrelacionaban prevención y responsabilidad, y que habían de guiar cualquier régimen internacional de asignación de la pérdida: "a) cada Estado ha de tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que sea compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; b) la protección de tales derechos e intereses exige que se adopten medidas de prevención y, si no obstante se causan daños, medidas de reparación; y c) en la medida en que esto sea compatible con esos dos principios, no se debe dejar que la víctima inocente sufra la pérdida o los daños". En este sentido, "la función de cualquier régimen de asignación de la pérdida debe consistir en dar un incentivo a quienes se ocupan de actividades peligrosas para que adopten medidas de prevención o de protección a fin de evitar daños, en indemnizar los daños causados a cualquier víctima y en desempeñar una función económica consistente en internalizar todos los costos (externalidades). De hecho, estas funciones son mutuamente interactivas". Par. 43 y 45 del *Primer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida*, op. cit.

- c) En tercer lugar, es posible concebir una situación en la que a pesar de cumplir escrupulosamente un Estado su obligación de diligencia debida no puede evitar, sin embargo, que se genere un daño medioambiental transfronterizo que afecte a otros Estados. En este tercer escenario el Estado resultaría responsable internacionalmente sólo por el daño producido en virtud de una *strict liability for damage*.
- d) En cuarto y último lugar, cabría imaginar la posibilidad de un escenario en el que, a la luz de las obligaciones concretas en que se traduce la obligación de diligencia debida y ante datos constatables de certeza acerca de los riesgos derivados de una actividad peligrosa, un Estado pudiera ser considerado responsable de una violación de esta obligación aun cuando no se hubiera producido el resultado de un daño a terceros Estados. Se estaría ante un supuesto de *responsability for breaching an international obligation*.

Las consecuencias jurídicas derivadas de cada una de estas cuatro posibles situaciones son distintas. En unos supuestos, el hecho ilícito internacional exigiría su cese y reparación, la cual sería distinta en función de que se hubiera producido o no daño material a otros Estados. En otros supuestos, en los que se diera un resultado de daño sin violación del principio de prevención, la eventual reparación que procediera respondería no a un ilícito internacional sino, como señala Juste Ruiz, a un principio de justicia y equidad en tanto en cuanto ningún Estado debe pagar los daños ambientales derivados de riesgos extraordinarios creados por otros Estados⁶². Coincidiendo con este autor, pensamos que un Estado no tiene por qué correr con la reparación de unos daños a su medio ambiente que no ha contribuido a crear, especialmente cuando son resultado de una actividad peligrosa que, planificada o conducida en otro Estado o bajo su dirección o control, él no puede vetar⁶³.

De otro modo, como añade el profesor Juste, "se quebraría el equilibrio compensatorio, subyacente al Derecho Internacional del Medio Ambiente entre los intereses contrapuestos de quienes quieren realizar actividades ecológicamente peligrosas y quienes buscan una garantía frente a sus eventuales consecuencias perjudiciales"⁶⁴.

IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE UNA EVENTUAL VIOLACIÓN DEL DEBER DE PREVENCIÓN CON INDEPENDENCIA DE QUE SE HAYA PRODUCIDO O NO UN RESULTADO DE DAÑO

A la vista del múltiple escenario posible de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional (con o sin violación de la obligación de diligencia debida y, a su vez, con o

⁶² J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, op. cit., p. 117.

⁶³ Véase el párrafo 6º del comentario al art. 1 del Proyecto: "Los artículos se ocupan principalmente de la gestión del riesgo y hacen hincapié en la obligación de todos los Estados interesados de cooperar y consultarse. Se da a los Estados que puedan resultar afectados, el derecho a colaborar con el Estado de origen en el diseño y, si procede, la aplicación de un sistema de gestión del riesgo compartido. No obstante, el derecho así previsto a favor de los Estados que puedan resultar afectados no da a éstos el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos". P. 424 del *Informe de la CDI...* op. cit. (la cursiva es añadida).

⁶⁴ J. Juste Ruiz, *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, op. cit., p. 117.

sin resultado de daño material para terceros Estados), surge la duda de si dichas consecuencias deben recibir un tratamiento idéntico por el Derecho Internacional. En otros términos, ¿serían idénticas una actitud diligente que otra si, al final, sólo se va a exigir al Estado de origen la indemnización del daño? Y si la lógica parece aconsejar un tratamiento diferenciado de ambos supuestos en orden a establecer el tipo de responsabilidad internacional del Estado, ¿en que consistiría dicha distinción? ¿En favorecer al Estado diligente o en agravar la situación jurídica del Estado que no lo ha sido? Un trato favorable al Estado diligente que se tradujera, a efectos prácticos, en una exoneración total o parcial de su responsabilidad internacional por el daño causado a otros Estados, difícilmente sería compatible con los principios de "el que contamina paga" y "no se puede obligar a la víctima a cargar con los gastos derivados de la contaminación de la que es responsable otro Estado". Así pues, parecería más aconsejable la segunda opción. Ahora bien, ¿en que se materializaría este agravamiento de la responsabilidad internacional del Estado?

Quizás podría traducirse en la posibilidad de que el Estado o Estados que han sufrido un daño transfronterizo resultante de una actividad planificada o conducida en el Estado de origen, pudieran exigir el cese de dicha actividad de alto riesgo si dicho Estado no adopta medidas de seguridad tendentes a evitar que se produzca de nuevo el daño. Es cierto que en el comentario al art. 1 del *Proyecto de artículos sobre prevención de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, la Comisión de Derecho Internacional afirma que los Estados interesados no cuentan con el derecho a vetar la actividad de otro Estado⁶⁵. Sin embargo, parecería que esto habría de ser así sólo en el supuesto de riesgo de un daño aún no materializado, en el que el principio del justo equilibrio –subyacente a la incapacidad de veto de los Estados interesados a las actividades proyectadas o conducidas por otros Estados–, se respetaría dado que, en contraprestación, el Estado de origen tendría que reparar cualquier daño causado a los Estados interesados si sus temores se ven confirmados. Ni el principio del justo equilibrio, ni el de la buena fe serían respetados en el supuesto de que, habiéndose producido ya un daño como consecuencia del incumplimiento por el Estado de origen del principio de la diligencia debida, no se permitiera a los Estados interesados vetar esas actividades de alto riesgo que el Estado de origen desea continuar, si de manera seria y fundada consideran que la conducción de tales actividades de alto riesgo no se haría de una manera conforme con las obligaciones que, enunciadas en los arts. 5 y siguientes del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, objetivan el principio de diligencia debida⁶⁶.

En consecuencia, habría que distinguir cuatro situaciones distintas: a) *Cumplimiento de la obligación de prevención pero con un resultado de daño*; b) *Violación de la obligación de prevención con un resultado de daño*; c) *Violación de la obligación de*

⁶⁵ Párrafo 6º del comentario al art. 1. *Informe de la CDI...*, op. cit., p. 424.

⁶⁶ En tales condiciones, pensamos que los Estados interesados estarían legitimados para exigir el cese de dicha actividad que ya ha causado daños transfronterizos hasta que el Estado de origen no acceda a cumplir las obligaciones prescritas en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, pudiendo en caso de negativa del Estado de origen, adoptar contramedidas que no impliquen el uso de la fuerza de un modo contrario a la Carta de las Naciones Unidas, en los términos establecidos en los arts. 49 a 54 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*.

prevención sin resultado de daño; y d) *Cumplimiento de la obligación de prevención sin resultado de daño*.

En la primera de estas situaciones, el daño producido por actividades no prohibidas por el derecho internacional aunque ecológicamente peligrosas debe ser reparado –si procede, mediante una indemnización–, a pesar de que el Estado de origen hubiera respetado las distintas obligaciones que objetivan el principio de la diligencia debida. El Estado responsable del daño podría continuar con su actividad siempre y cuando respete su obligación de la diligencia debida.

En la segunda de las situaciones contempladas, al igual que en la situación anterior, se produce un perjuicio para un tercer Estado pero, y en esto radicaría la distinción entre ambas, en la presente el Estado cuya responsabilidad se exige no habría respetado el principio de la diligencia debida en la gestión del riesgo inherente a las actividades planificadas o conducidas en su territorio o bajo su jurisdicción. Así pues, en orden a las consecuencias, además de la reparación del daño el Estado debe cesar en el ilícito y dando garantías de que pondrá los medios necesarios para evitar que vuelva a materializarse un riesgo de daño por su culpa o negligencia.

En tercer lugar, cabe imaginar una eventual situación en la que aún sin haberse producido un daño medioambiental que afecte a un tercer Estado, éste reclama del Estado de origen de la actividad ecológicamente peligrosa, un determinado deber de diligencia debida, precisamente, ante el temor serio y fundado de que corre un riesgo de sufrir un daño sensible en su medio ambiente. En dicho supuesto la consecuencia derivada de la violación de una obligación internacional se materializaría no en una compensación por el daño sufrido sino por el riesgo de daño que puede producirse. Además, podría exigir el cese del ilícito y en el supuesto de no ser atendidas sus peticiones legítimas, adoptar medidas de autotutela no prohibidas por el Derecho Internacional.

Por último, el cuarto supuesto previsto no plantea problemas desde el punto de vista de las consecuencias de una eventual responsabilidad del Estado al no ser responsable en Derecho Internacional ni en virtud de la responsabilidad objetiva, no habiéndose producido un daño, ni por violación de una obligación internacional de diligencia debida en la conducción de actividades peligrosas que no están prohibidas por el Derecho Internacional.

IV. CONCLUSIONES

Al finalizar estas páginas se pueden exponer las siguientes conclusiones:

Primera. En un contexto de creciente sustitución de un Derecho Internacional de la coexistencia por otro de la cooperación, se ubica la preferencia de la prevención sobre la reparación en materia de protección del medio ambiente. El principio jurídico de prevención en el contexto del Derecho Internacional del Medio Ambiente ha recibido una atención prioritaria desde la doctrina internacionalista y desde la Comisión de Derecho Internacional. Se han apreciado, sin embargo, serias dificultades en responder de un modo indiscutido a tres series de cuestiones: en cuanto al contenido y al cauce jurídico de este principio; en orden a la responsabilidad inter-

nacional derivada de su evolución y, en tercer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que resultan de dicha relación de responsabilidad.

Segunda. En lo que al primer punto se refiere, del análisis presentado en las páginas precedentes, parece que el principio de prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas impone a los Estados que planifiquen o realicen actividades no prohibidas por el Derecho Internacional pero ecológicamente peligrosas, dos obligaciones complementarias y diferentes, de comportamiento y de resultado, respectivamente. De un lado, la obligación de gestionar el riesgo inherente a esas actividades de la manera en que lo haría "un buen gobierno" (principio de la debida diligencia). De otro lado, la obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con los derechos de otros Estados. En otras palabras, el deber de no permitir que un Estado sufra en su territorio o bajo su control, un daño derivado de tales actividades (principio de la no utilización perjudicial del territorio).

Tercera. En la medida en que el principio de prevención no implica sólo una obligación de resultado sino, además, de comportamiento, la responsabilidad derivada de una violación de este principio puede manifestarse por cuatro vías posibles: una *responsability for damage* en el supuesto de que a un Estado sea imputable una culpa o dolo con resultado de daño. En segundo lugar, una *liability for damage*, para el supuesto en que a un Estado sea atribuible una negligencia en el cumplimiento de su obligación de diligencia debida con el resultado de daño. En tercer lugar, una *strict liability for damage*, cuando aun respetando escrupulosamente su obligación de diligencia debida un Estado no logra evitar que se produzca un daño medioambiental transfronterizo que afecte a otros Estados. Finalmente, una *responsability for breaching an international obligation* cuando, aunque sin resultado de daño a terceros Estados, un Estado que realiza actividades no prohibidas por el Derecho Internacional pero ecológicamente peligrosas para otros Estados, incumple las obligaciones concretas en que se traduce la obligación de diligencia debida.

Cuarta. Los diversos escenarios de responsabilidad por violación del principio de prevención que pueden presentarse exigirían, a su vez, distinguir entre las posibles consecuencias derivadas de dicha relación de responsabilidad en función de que se esté ante un cumplimiento de la obligación de prevención pero con resultado de daño; ante una violación de la obligación de prevención con un resultado de daño; en un supuesto de violación de la obligación de prevención sin resultado de daño; o, finalmente, en presencia del cumplimiento de la obligación de prevención sin resultado de daño.