



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/468
25 de mayo de 1995

ORIGINAL: ESPAÑOL

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
47º período de sesiones
Ginebra, 2 de mayo a 21 de julio de 1995

UNDÉCIMO INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR
LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR
EL DERECHO INTERNACIONAL

por el

Sr. Julio BARBOZA, Relator Especial

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1 - 2	2
I. EL DAÑO AMBIENTAL	3 - 37	2
1. La definición del medio ambiente	5 - 16	3
a) El concepto restringido del medio ambiente	7 - 10	4
b) Los conceptos más amplios	11 - 12	5
c) Los factores a excluir	13 - 16	7
2. El daño ambiental	17 - 22	8
3. La reparación	23 - 33	10
4. La evaluación del daño ambiental	34 - 37	14
II. TEXTOS Y COMENTARIOS PROPUESTOS	38 - 40	16

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión aprobó provisoriamente tres párrafos del artículo 2, sobre el significado de los términos empleados en el proyecto que fueron también en forma provisional designados como a), b) y c). El primero se refiere al riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, el segundo es una definición de "daño transfronterizo" y el tercero es una definición de Estado de origen. Sería conveniente cambiar la forma de enumerar los distintos párrafos del artículo 2. El párrafo a) pasaría a ser 1, el b) sería 2 y como párrafo 3 vendría la definición de "daño", que tendría tres incisos: a) sobre daño a las personas, b) sobre daños patrimoniales y c) sobre daño ambiental. Luego vendría un párrafo 4 sobre definición de medio ambiente y un párrafo 5 sobre titularidad de las acciones de reparación por daño al medio ambiente.

2. En su octavo informe¹, el Relator Especial avanzó algo en la consideración del tema del daño, como una contribución al artículo 2. Nos remitimos a lo allí dicho como introducción a la temática del daño, que nos proponemos desarrollar ahora. No agregaremos nada en lo relativo al daño a las personas y a las cosas como se formula en aquel informe, excepto algunos cambios de redacción en el artículo propuesto. Entre ellos, el más importante es la inclusión del lucro cesante, puesto que ella aportaría mayor claridad al texto. Asimismo, convendría también aclarar, aunque esté acaso sobreentendido, que los párrafos a) y b) se aplican también al daño a las personas o a las cosas cuando se causa a través del deterioro al medio ambiente, para mejor separar lo que es daño causado individualmente a las personas y a las cosas, aunque sea producido por causa del deterioro ambiental, y lo que es el daño llamado al medio ambiente per se. En el primer caso, el titular de la acción es la persona dañada, ya sea directamente o bien a través del deterioro ambiental. En cambio, lo que se llama daño al medio ambiente per se es un daño causado a la comunidad, por los valores del medio ambiente dañados y los servicios, de uso (use services) o no de uso (non-use services), que se restan a esa comunidad debido al perjuicio producido, como veremos infra.

I. EL DAÑO AMBIENTAL

3. En cambio, conviene agregar algunas consideraciones - e incluso un nuevo texto - en lo relativo al daño al medio ambiente, un concepto capital en nuestro tema. La comunicación al Consejo y al Parlamento y al Consejo Económico y Social de la Comisión de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1993 (Green Paper on Remedying Environmental Damage) dice a este respecto:

"Una definición jurídica del daño al medio ambiente es de fundamental importancia, puesto que tal definición va a guiar el proceso de determinar el tipo de alcance de la acción de reparación (remedial action) necesaria, y de esa manera los costos recuperables por la vía de la responsabilidad civil. Las definiciones jurídicas a menudo chocan con conceptos mantenidos popularmente sobre el daño al medio ambiente, pero son necesarias para la exactitud jurídica."²

¹ A/CN.4/443, párrs. 41 a 51.

² Communication from the EC Commission to the EC Council and European Parliament on Environmental Liability, COM (93) 47, pág. 10. Traducción no oficial.

4. Sabido es que el daño ambiental ha sido incluido en algunas convenciones, proyectos y dictámenes internacionales, como la Convención de Lugano de 1993 (Convención del Consejo de Europa sobre actividades peligrosas al medio ambiente) en su artículo 2 7) d), corroborada por la Convención de las Naciones Unidas/Comisión Económica para Europa (CEPE) de 1992 sobre efectos transfronterizos de los accidentes industriales, artículo 1 c), la Convención ONU/CEPE de 1992 sobre protección y uso de los cursos de agua y lagos internacionales, artículo 1 2) y la Directiva de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1985³; la llamada CRAMRA (explotación de minerales antárticos), en su artículo 8 2) a), b) y d); y la llamada CRTD (responsabilidad por daños causados por transporte de mercaderías peligrosas), en su artículo 9 c) y d), a lo que deben agregarse las directrices propuestas por el Grupo de Tareas de la CEPE y las Naciones Unidas relativas a la responsabilidad por contaminación de aguas transfronterizas y el proyecto de protocolo de responsabilidad a la Convención de Basilea sobre desechos peligrosos, que elabora un grupo de trabajo nombrado por la Conferencia de las partes de dicha Convención⁴. En particular, es de interés la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad que dice lo siguiente: "... el Iraq ... es responsable ante los gobiernos, nacionales y empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, de toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y de todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait por el Iraq". (Ibíd., párr. 16). Asimismo, ha sido objeto de estudios e inclusión en algunos documentos preparados por grupos de estudio y de trabajo como el proyecto de Convenio sobre el medio ambiente y desarrollo de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN), en su artículo 47, y el proyecto de investigación, llevado a cabo en las universidades de Siena y de Parma, patrocinados por el Consejo italiano de investigación científica (CNR)⁵. Además, el daño ambiental ha sido sancionado en leyes internas de varios países, como Noruega, Finlandia, Suecia, Alemania, el Brasil y los Estados Unidos de América.

1. La definición del medio ambiente

5. Tras nuevas reflexiones, inspiradas en algunos de los trabajos mencionados en el párrafo anterior, el Relator Especial consideró la posibilidad de incorporar al proyecto de artículos una definición del medio ambiente, porque al respecto no existe actualmente un concepto universalmente compartido: los elementos considerados como pertenecientes al medio ambiente en algunas convenciones no lo son en otras. De la definición del medio ambiente, entonces,

³ O.J., L175, 5 de julio de 1985, pág. 40.

⁴ Grupo de Trabajo Especial de Expertos Jurídicos y Técnicos para examinar y elaborar un proyecto de protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños derivados del movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su evacuación. Véase el artículo 2 a), iii), iv) y v) (UN/CHW.2/3, pág. 10).

⁵ Para cooperar en dichos trabajos fue creado un Grupo de Expertos con enfoque en la responsabilidad por daño al medio ambiente causado por actividades militares.

dependerá la extensión del daño ambiental y según la extensión que esa definición abarque será más o menos completa la protección del objeto definido.

6. Una definición semejante no tiene que ser, necesariamente, científica, y hasta ahora las definiciones ensayadas se han limitado a enunciar los diversos elementos que consideran pertenecientes al medio ambiente. Según el "Libro verde" (Green paper) de la Comisión de las Comunidades Europeas:

"Respecto a la definición de 'medio ambiente', algunos arguyen que sólo la vida vegetal, animal y otros objetos que también se dan en la naturaleza, además de su interrelación, deben incluirse. Otros también abarcarían objetos de origen humano, si son importantes para el patrimonio cultural de un pueblo."⁶

Un concepto restringido del medio ambiente limita el daño ambiental a los recursos naturales exclusivamente, tales como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora, así como la interacción entre ellos. Un concepto algo más amplio cubre el paisaje y lo que suele llamarse "valores ambientales", de utilidad, de agrado o de placer producidos por el medio ambiente. Así, se habla de valores de servicio (service values) y de valores que no son de servicio (non-service values); por ejemplo, figurarían entre los primeros una población de peces que permitiera un servicio como la pesca comercial o deportiva y entre los segundos los aspectos estéticos del paisaje, a los que las poblaciones asignan valor y cuya privación puede originar en ellas desagrado, molestia o angustia. Estos son los que presentan problemas en cuanto a su valuación en caso de ser dañados. Por último, la definición más lata lo extiende también a la propiedad que forma parte del patrimonio cultural.

a) El concepto restringido del medio ambiente

7. La CRAMRA define así el medio ambiente antártico cuando intenta describir el daño ambiental:

"Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados significa cualquier impacto sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera que exceda de lo desestimable o que ha sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención."

Este texto define indirectamente al medio ambiente a través del daño ambiental, y trae dos elementos distintos: uno referente al medio ambiente antártico y a sus ecosistemas dependientes o asociados, que dicho texto circunscribe a los "elementos vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas" y dentro del cual se encuentran la vida marina, terrestre o atmosférica; y otro que se refiere al umbral: es relevante el daño que "exceda de lo desestimable" o que haya "sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención". En cuanto a lo primero, el concepto de medio ambiente protegido se restringe, al parecer, a los ecosistemas y a los recursos naturales como el aire, el suelo y el agua, incluyendo a los elementos vivos del mar, de la tierra o de la atmósfera. Para precisar el concepto anterior, digamos que para la

⁶ COM (93) 47, pág. 10. Traducción no oficial.

Convención sobre la Diversidad Biológica (artículo 2, "Términos utilizados"), "[p]or ecosistema se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional".

8. Varios otros instrumentos internacionales mezclan elementos característicos del medio ambiente con otros no bien definidos o no pertenecientes a una idea general del medio ambiente. La Convención llamada LRTAP (Ginebra, 1979) sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, al definir tal contaminación en su artículo 1 a) se refiere a "efectos deletéreos" sobre recursos vivos y ecosistemas, salud humana y propiedad material, así como a la interferencia con servicios y otros usos legítimos del medio ambiente. Es claro que los recursos vivos y los ecosistemas, así como los servicios y otros usos legítimos, son o bien componentes del medio ambiente o bien valores del medio ambiente que pueden o no traducirse en servicios. La "propiedad material" y la "salud humana", en cambio, no parecen formar parte del mismo concepto. Como veremos, la primera, sin otro aditamento como el de pertenecer al "patrimonio cultural", por ejemplo, no podría relacionarse con el medio ambiente, ni racionalmente tampoco la segunda.

9. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, al definir los "efectos adversos del cambio climático" explica que son aquellos que producen "cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud o el bienestar humanos". Parecido lenguaje utiliza la Convención de Viena de 1985 para la protección de la capa de ozono, excluyendo lo relativo a los sistemas socioeconómicos y el bienestar humanos. Aquí también se advierte que se incluyen en el primer texto comentado elementos de un concepto estricto del medio ambiente mezclados con otros extraños, como pueden ser los sistemas socioeconómicos y la salud humana.

10. En el marco de la práctica internacional, la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para una directiva de la Comunidad sobre daño causado por desechos define el daño al medio ambiente como una "interferencia significativa y persistente en el medio ambiente causada por una modificación de las condiciones físicas, químicas o biológicas del agua, del suelo y/o del aire en tanto no se consideren daño dentro del alcance del subpárrafo c) 2)" (que se refiere al daño a la propiedad)⁷.

b) Los conceptos más amplios

11. La Convención de Lugano de 1993 (artículo 2, inciso 10) incluye una lista no exhaustiva de elementos del medio ambiente, entre los que figuran: "los recursos naturales, tanto bióticos como abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora así como la interacción entre dichos factores: la propiedad que forma parte del patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje" (traducción no oficial). La Convención ONU/CEPE sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refiere en su artículo 1 c) a

⁷ COM (89) 282.

las consecuencias adversas de los accidentes industriales sobre "i) los seres humanos, la flora y la fauna; ii) el suelo, el agua, el aire y el paisaje; iii) la interacción entre los factores i) y ii); iv) bienes materiales y patrimonio cultural, incluyendo los monumentos históricos" (traducción no oficial). A su vez, el artículo 1 2) de la Convención ONU/CEPE sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dice que "los efectos sobre el medio ambiente incluyen los efectos sobre la salud y la seguridad humanas, flora, fauna, suelo, aire, agua, clima, paisaje y monumentos históricos y otras estructuras físicas, o la interacción entre esos factores; incluidos también están los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas resultantes de la alteración de esos factores" (traducción no oficial).

12. La decisión 7 de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, establecida por el Consejo de Seguridad en su resolución 687 (1991) en relación con la responsabilidad del Iraq por los daños causados en la guerra del Golfo, considera en su párrafo 35 ciertos rubros indemnizables, al decir que habrá pagos por los daños directos causados al medio ambiente y por la explotación abusiva de recursos naturales ... [lo cual] comprenderá todas las pérdidas o gastos sufridos como consecuencia de:

"a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertimiento de petróleo en aguas costeras e internacionales;

b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente;

c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños razonables al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente;

d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y

e) La explotación abusiva a los daños causados a los recursos naturales."

Es de notar que los párrafos c) y d) se refieren a costos que no son despreciables y que normalmente no se incluyen en las definiciones de daño, aunque naturalmente puedan ser otorgadas por un tribunal como parte del daño que el deterioro del medio ambiente ha provocado.

c) Los factores a excluir

13. Todo lo anterior parece reclamar un ordenamiento metódico. Pensamos que deben excluirse de la definición de "medio ambiente", por empezar, aquellos factores que ya se hallan comprendidos en definiciones clásicas del daño, como todo lo que sea un perjuicio físico a las personas o a su salud, ya sea éste

directo o como consecuencia de un daño ambiental, ya que estos bienes están protegidos por aquella concepción clásica del daño y no necesitan protección adicional. Ese fue el camino sugerido por nuestro artículo 24, en el sexto informe, que separaba el daño al medio ambiente del que sufrieran, como consecuencia, las personas o los bienes en el Estado afectado⁸. Es asimismo el seguido en la Convención de Lugano de 1993, que en su artículo 2 7), excluye del daño ambiental tratado en el subpárrafo c) el daño a la vida o lesiones personales y el daño a la propiedad, tratados en los subpárrafos a) y b), respectivamente.

14. Luego existen otros factores o elementos cuya pertenencia al concepto de "medio ambiente" resulta dudosa - por de pronto, lo relativo a una especie de "medio ambiente cultural" que incluye monumentos u otras construcciones de valor como expresiones de la cultura de un pueblo. De ninguna manera intentamos disminuir ese valor al sugerir que no debieran estar comprendidos en el concepto de "medio ambiente" a los efectos de las indemnizaciones. Las razones para excluirlo son, en primer lugar, porque corremos el riesgo de ensanchar indefinidamente el concepto de medio ambiente al introducir conceptos heterogéneos: aunque no busquemos una definición de rigor científico respecto al medio ambiente humano - que posiblemente tampoco exista - sí debemos buscar una que contenga un criterio de unidad, como sería el medio natural. En segundo término, existe un argumento acaso más convincente que el anterior, el de que tales bienes están ya protegidos por aplicación de los conceptos ortodoxos del daño, sin necesidad de incluirlos dentro del medio ambiente. En todo caso, pensamos que un tribunal confrontado con la difícil tarea de evaluar el monto de la indemnización por daño a un monumento de gran valor cultural no va a encontrar en el concepto de daño ambiental ningún criterio que lo ayude. El daño causado a un monumento lo será - o no - como consecuencia de un cierto perjuicio al medio ambiente natural, pero debe ser indemnizado de todas maneras, en cuanto la causalidad sea debidamente comprobada.

15. Los "aspectos característicos del paisaje" parecen más bien "valores" que componentes de un medio ambiente natural y por ende no deberían ser incluidos en su definición. Si bien es cierto que en la creación de tales características físicas no interviene el ser humano, en alguna medida tales rasgos característicos son objetos "cultuizados", puesto que valen en cuanto se incorporan al bagaje estético de una determinada población. Más que un componente del medio ambiente, como el agua o el suelo, parecen ser más bien un valor, un aspecto del medio ambiente que es valorado por la gente y que carecería de otro modo de toda protección internacional. Su desaparición, por ende, acarrearía un daño no reparado.

16. En cuanto a la salud humana, de ninguna manera creemos que pueda ser parte del medio ambiente, ni que sea daño ambiental el producido a la salud, ya sea directamente o a través de un daño al medio ambiente. Es posible, sí, que un rasgo específico de un cierto medio ambiente sea su efecto saludable sobre el ser humano, como podría ser un spa de aguas beneficiosas a la salud, o un lugar de baños de barros sulfurosos, etc. Es este valor de servicio el que debe indemnizarse en caso de pérdida.

⁸ A/CN.4/428, anexo, pág. 48.

2. El daño ambiental

17. Definidos, en una primera aproximación que no es exhaustiva, los elementos del medio ambiente, debemos examinar ahora el daño causado a ese medio ambiente. En tal sentido, dos consideraciones llaman nuestra atención: en primer lugar, quién es el sujeto lesionado por el daño ambiental, y en segundo, en qué consiste ese daño.

18. En cuanto al sujeto lesionado, el daño es un perjuicio que se causa a alguien. Entonces, es siempre daño para alguien, para una persona o para un grupo humano; no puede admitirse que lo sea en el vacío. De allí las dificultades de comprensión para los juristas cuando se habla del daño al medio ambiente per se, como si el efecto adverso en el medio ambiente fuera suficiente para configurar un daño jurídico, existan o no personas - físicas o jurídicas - que pueden verse perjudicados por ese efecto. Si a eso se suma la extremista posición de algunos ambientalistas en el sentido de considerar la protección del medio ambiente como un fin en sí y el respeto a las especies y a los recursos naturales por su valor "intrínseco", esto es, independiente de su valoración por el ser humano, se pueden originar confusiones.

19. Vale la pena detenerse algo en la noción de valor "intrínseco" del medio ambiente, que se ha abierto algún camino. En el artículo 3 del Protocolo relativo a la protección del medio ambiente del Tratado Antártico (1991) se reconoce y se trata de proteger "el valor intrínseco de la Antártida, incluyendo su vastedad (wilderness) y valores estéticos"⁹. Una mención parecida se hace en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en el primer párrafo del preámbulo: "Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica". Intrínseco quiere decir, según el Diccionario de la Real Academia Española, "íntimo, esencial", y el Concise Oxford Dictionary define "intrinsic" como "belonging naturally, inherent, essential, esp. intrinsic value". Y en el Roget's International Thesaurus, a la nota de íntimo y de esencial, se añade la de "característico". Creemos que en especial esta última es la significación de "intrínseco" como se usa en esos instrumentos, y que de todos modos ni "íntimo" o "esencial" o aun "inherent" quieren tampoco significar que los efectos adversos al medio ambiente per se configuran un daño que es independiente del ser humano. No comprendemos a quién podría perjudicar la pérdida de los valores silvestres o estéticos de la Antártida si no existiera en el planeta una humanidad para apreciarlos.

20. Los efectos de una cadena causal no caen, por lo general, bajo el palio del derecho hasta que ellos no afectan a una persona de ese sistema jurídico, en nuestro caso a un Estado u otro sujeto internacional. En esos casos, el derecho suele proteger a la persona lesionada y prescribir una reparación. Es en ese punto que el efecto adverso se convierte en daño jurídico. Si bien se mira, el daño al medio ambiente no se diferencia en nada del daño causado a la persona o a los bienes de una persona jurídica, en favor de la cual nace un derecho a la reparación: se indemniza a ese sujeto por cuanto el cambio en el medio ambiente producido por cierta conducta le es adverso, ya que pierde alguno de los valores que le proporcionaba ese medio ambiente. En suma, que lo que se llama daño al

⁹ Tratados y documentos internacionales, recopilación y notas de José I. García Ghirelli (Buenos Aires, 1992).

medio ambiente per se es un cambio en el medio ambiente que trae consigo pérdidas, incomodidades o sentimientos negativos en la gente y es este perjuicio de la gente el que obtiene la protección del derecho en forma de indemnización. En todo caso, como dijimos supra, el daño al medio ambiente per se sería un daño que perjudica a un sujeto colectivo, como una comunidad, y en todo caso estaría representado por el Estado.

21. Los valores referidos, cuya pérdida origina un daño jurídico, dan origen, como vimos, a un servicio del medio ambiente que puede o no implicar un uso del mismo; en inglés se habla de "use services" y de "non-use services". Como vimos supra, entre los primeros se destaca el uso comercial o deportivo del medio ambiente, como la pesca en caso de un curso de agua, o la utilización del agua como recreación para nadar, o para navegar a vela, o para hacer ski acuático o correr regatas o lo que fuere, o usos parecidos que pueden practicarse en una montaña nevada o no, entre otros muchos ejemplos. Entre los segundos, acaso estén los rasgos característicos de un paisaje, o incluso los que se llaman "existence values", una cierta característica del medio ambiente por la que la comunidad estaría dispuesta a pagar simplemente por mantenerla para ella misma o para las futuras generaciones. Se comprende enseguida que algunos servicios sean fácilmente indemnizables: la pesca comercial, por ejemplo, sufriría una pérdida si a raíz de un incidente de contaminación de un río o de un lago se redujera la fauna ictícola apreciablemente. En otros casos, es menos fácil advertir el daño y más difícil aún evaluarlo, como sería cuando se pierde una recreación, que origina una incomodidad moral o un sentimiento de frustración. Sin embargo, el principio de que esos daños que no originan pérdidas económicas deben ser compensados no es en absoluto nuevo al derecho, como lo comprueba la aceptación universal en los derechos internos, y también en el internacional, de la compensación por el daño moral que es tan difícil de evaluar en dinero como el daño ecológico.

22. La otra consideración se refiere al titular de la acción; quién es el perjudicado por el daño ecológico, teniendo en cuenta que el medio ambiente no pertenece a nadie en particular y sí a todos en general, o si se prefiere, a la comunidad. En las leyes norteamericanas (CERCLA¹⁰, CWA¹¹ y OPA¹²), "El Congreso autorizó a ciertas agencias gubernamentales con jurisdicción administrativa sobre recursos naturales para actuar como fideicomisarios (trustees) para evaluar y recobrar daños ... El mandato público (public trust) se define en forma amplia como 'incluyendo recursos naturales' del Estado federal, de los estados particulares, de gobiernos locales o de tribus indias, ya sean propiedad de ellos o administrados, mantenidos en fideicomiso (trust), dependientes o de otra manera controlados por ellos" (traducción no oficial)¹³. En el orden internacional, el Estado cuyo medio ambiente resultó perjudicado es

¹⁰ The Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act 1980, 42 U.S.C.A., seccs. 9601 et seq.

¹¹ Clean Water Act 1987, 33 U.S.C.A., secc. 1321.

¹² Oil Pollution Act 1990, 33 U.S.C.A., seccs. 2701 et seq.

¹³ Textos tomados de Richard B. Stewart, Natural Resources Damages (por publicar en 1995), anexo al Background Paper (Philippe Sands, Ruth Mackenzie y Ruth Kalastchi) págs. 1 y 2.

también el sujeto más indicado para ser titular de la acción judicial tendiente a obtener la reparación, titularidad que puede conceder a entidades de bien público no gubernamentales.

3. La reparación

23. Antes de abordar el tema de la reparación del daño ambiental, permítasenos una introducción. En el campo de los hechos ilícitos, la reparación en derecho de gentes está expresada en la famosa regla de Chorzow: borrar todas las consecuencias del hecho ilícito; crear la situación que con toda probabilidad hubiera existido de no haber mediado el hecho ilícito. Esto se consigue con los medios que también el derecho ha considerado idóneos para la reparación: la restitución en especie, la indemnización por equivalente, la satisfacción, las garantías de no repetición, combinadas de forma que todos los aspectos del daño sean cubiertos¹⁴. En suma, la reparación es una obligación impuesta por la norma secundaria como consecuencia de la violación de la norma primaria y su contenido, formas y grados han sido configurados por la costumbre internacional tal como la expresara la Corte en el caso de la fábrica de Chorzow y que la Comisión está empeñada actualmente en codificar bajo la diestra conducción del profesor Arangio Ruiz.

24. En el caso de la responsabilidad sine delicto, en cambio, el daño es producido por un acto que no está prohibido por el derecho. Es por eso que la indemnización pertenece a la norma primaria: no es una reparación impuesta por la norma secundaria como consecuencia de una violación de la obligación primaria sino una prestación que impone la norma primaria misma. Por consiguiente, no tiene necesariamente que responder a todos los criterios de la in integrum restitutio impuesta por la costumbre internacional para la responsabilidad por hecho ilícito. No creemos que se haya formado una clara costumbre internacional respecto al contenido, forma y grados de la prestación que corresponde por el daño en la responsabilidad sine delicto, pero hay algunas indicaciones de que no sigue necesariamente las mismas líneas de la regla de Chorzow. La in integrum restitutio no es tan rigurosamente respetada en este campo como en el de los hechos ilícitos, como lo pone de manifiesto la existencia de umbrales por debajo de cuyo nivel los efectos nocivos no alcanzan la relevancia de un daño reparable y también la imposición, en la práctica legislativa e internacional al respecto, de límites superiores (ceilings) hasta los cuales puede llegar la indemnización. Ambos topos, el inferior y el superior, impuestos por razones prácticas, crean una categoría de efectos nocivos no indemnizables.

25. La regla de Chorzow, sin embargo, sirve obviamente de orientación, ya que no de estricta vara de medida, también en el campo de la responsabilidad sine delicto por razón de la razonabilidad y de la justicia que la inspiran. Es cierto que existen diferencias entre las circunstancias del daño producido por una conducta ilícita y las del daño causado por una conducta lícita, y que a

¹⁴ No incluimos la cesación porque en la responsabilidad sine delicto no parece tener lugar, puesto que precisamente su característica esencial es que la actividad en que el daño se origina es lícita y continúa mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes. Además, para la Comisión, erróneamente a nuestro criterio, la cesación no forma parte de la reparación.

ellas puede corresponder la diferencia del tratamiento legal, pero esa diferencia responde sobre todo a razones prácticas, como la magnitud de las cantidades aseguradas en el caso de un tope superior, o el hecho de que en la vida moderna todos somos contaminadores y contaminados a un tiempo en lo tocante al umbral. Pero no puede discutirse que el derecho debe buscar la reparación de todos los daños causados siempre que sea posible. En tal sentido, es elocuente que en las convenciones nucleares y en las de contaminación marina por petróleo se haya tratado de ir superando el tope máximo mediante de la constitución de fondos que tratan de acercarse a la restitución plena en circunstancias en que las indemnizaciones pueden alcanzar sumas muy altas.

26. Las convenciones de responsabilidad civil parecen haber dejado de lado ciertas formas de reparación como la restitutio naturalis para concentrarse exclusivamente en la asignación de una suma de dinero como prestación primaria. En el daño ambiental, sin embargo, la prestación más común parece ser algo idéntico a aquella restitutio naturalis, representada por la restauración de los elementos dañados del medio ambiente, como cuando se reintroducen en un ecosistema ejemplares de una especie que se vio disminuida o destruida, pero que puede ser reinstalada porque existen en otra parte suficientes ejemplares. La compensación por equivalente, en cambio, se dirigiría en primer término, en caso de destrucción total de un cierto componente, a la introducción de un componente equivalente y sólo si ello no fuera posible, a una eventual compensación monetaria. Correspondería también una compensación monetaria, según se interpreta en los casos cubiertos por CERCLA, CWA y OPA en los Estados Unidos, cuando la restauración de un cierto componente se opera naturalmente, por el tiempo en que ese recurso se vio disminuido hasta su restauración normal¹⁵.

27. En esta materia, el medio elegido en general es la restauración, o la reinstalación de los recursos dañados o extinguidos. Es lógico, puesto que lo más importante aquí es la vuelta al statu quo ante: los valores ecológicos predominan sobre los económicos, en principio, y tanto es ello así que, a diferencia de lo que sucede en otros terrenos, algunas leyes internas especifican que la indemnización que pueda otorgarse a los damnificados en ciertos casos debe aplicarse a fines también ecológicos¹⁶. El costo de la restauración o reinstalación de elementos del medio ambiente da una buena medida del valor de la pérdida. Esto suele variar cuando los costos, sobre todo de restauración, son irrazonables en relación con la utilidad de los recursos dañados, lo que confirma la idea de que la predominancia de los fines ecológicos

¹⁵ "Segundo, incluso cuando se emprenden actividades de restauración, los fiduciarios pueden determinar y exigir la indemnización por pérdidas provisionales en el valor de los recursos ..." (Background paper y anexo; op. cit., pág. 11).

¹⁶ Véase R. Stewart, op. cit., pág. 4: "La CERCLA exige que los fiduciarios gasten la indemnización total por daños, aparte del resarcimiento de los costos de determinación del daño, en la restauración, el reemplazo o la adquisición del equivalente de los recursos naturales dañados o destruidos; la CWA permite recuperar los costos en que se haya incurrido o los gastos que se hayan hecho ... para restaurar o reemplazar los recursos naturales dañados o destruidos. La OPA exige también que las recuperaciones se gasten con destino a las actividades de restauración, rehabilitación, reemplazo o adquisición del equivalente de los recursos naturales dañados".

sólo se detiene ante la irrazonabilidad de los costos. La reinstalación de un recurso, en cambio, suele ser más fácil de obtener, por ejemplo, la reintroducción en un cierto ecosistema, trayéndola de otro, de una cierta especie de peces o de otros animales que se extinguió o disminuyó en su número por causa de un incidente.

28. La restauración o reinstalación es, entonces, la mejor manera de reparación. Pero puede suceder que la restauración idéntica sea imposible, en cuyo caso las tendencias más modernas admiten la introducción de elementos equivalentes. El Green Paper on Liability for Environmental Damage de la Comisión de las Comunidades Europeas dice a este respecto: "Naturalmente, acaso sea imposible efectuar una reconstrucción idéntica. Una especie extinguida no se puede reemplazar. Los contaminantes descargados a la atmósfera o en el agua son difíciles de recuperar. Desde el punto de vista del medio ambiente, sin embargo, debiera existir el objetivo de limpiar el medio ambiente y de restaurarlo a un estado que, aunque no sea idéntico al que existía antes de ocurrir el daño, preserve por lo menos sus funciones permanentes necesarias (...). Incluso cuando la restauración o la limpieza es físicamente posible, acaso no sea económicamente viable. No es razonable esperar la restauración al estado virgen si el hombre ha interactuado con ese medio por generaciones. Además, restablecer un medio ambiente al estado en que se encontraba antes de ocurrido el daño podría requerir un gasto desproporcionado en relación con los resultados que se desean. En ese caso bien podría decirse que la restauración sólo debe realizarse hasta el punto en que sea todavía 'eficaz en función de los costos'. Esas determinaciones requerirán un difícil equilibrio de intereses, así como también de valores económicos y ecológicos".¹⁷ Por su parte, la ya citada Convención de Lugano (artículo 2, inciso 8) define "medidas de reinstalación" como "cualquier medida razonable dirigida a reinstalar o restaurar componentes dañados o destruidos del medio ambiente o a introducir, cuando fuere razonable, el equivalente de esos componentes en el medio ambiente. La ley interna puede indicar quién tendrá derecho a tomar tales medidas". Una posibilidad es que las medidas en cuestión pueden ser tomadas por cualquiera, y siempre que sean razonables deberán ser indemnizadas.

29. Las convenciones se detienen generalmente allí, esto es, en la indemnización de las medidas de restauración o de reinstalación que se hubieren efectivamente tomado o que vayan a tomarse, en cuyo último caso la indemnización sirve para financiarlas. ¿Qué pasa en los casos en que la restauración no fuere posible, o bien cuando los costos de restauración excedieren lo razonable? En nuestro octavo informe, citamos al Profesor Rest cuando decía, refiriéndose al caso del Exxon Valdez: "Como en este caso fue imposible de hecho limpiar el contaminado fondo marino del Golfo de Alaska, la Sociedad Anónima Exxon se ha ahorrado, hasta ahora, los costos de limpieza. Ello parece injusto. Según las directrices [del Grupo de Tareas PNUMA/CEPE ya citado] el contaminador podría acaso estar obligado a otorgar una compensación equivalente, por ejemplo, reemplazando los peces o estableciendo un parque natural"¹⁸. Recordamos que

¹⁷ COM (93) 471, pág. 32, párr. 5.2.

¹⁸ Alfred Rest, "New Tendencies in Environmental Responsibility/Liability Law: the Work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Liability Regarding Transboundary Water Pollution", Environmental Policy and Law 21 (3-4): 135 (1991), pág. 137.

nuestro propio proyecto de artículo 24 había previsto esa situación al decir que "si fuere imposible restaurar dichas condiciones íntegramente [esto es, el statu quo ante], podrá convenirse una prestación del Estado de origen, ya sea pecuniaria o de otro tipo, que compensare el deterioro sufrido".

30. CRAMRA adopta una solución parecida, ya que establece en su artículo 8 2) a) una responsabilidad sine delicto para el operador "por daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados emergente de sus actividades sobre recursos minerales antárticos, incluyendo el pago de indemnizaciones en el caso en que no haya restauración al statu quo ante". Lo importante en caso de indemnizaciones es que el tribunal determine que esas cantidades deben ser aplicadas a fines ecológicos.

31. El Fondo establecido en el marco del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos de 1969 ha tomado, en cambio, una posición restrictiva. El Fondo paga indemnizaciones por daño por contaminación que tiene lugar fuera del buque. La primer reclamación, surgida del hundimiento del Antonio Gramsci en las cercanías de Ventspil, en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), el 27 de febrero de 1979, suscitó la cuestión de si esta definición incluía el daño ambiental o daño a los recursos naturales, como lo solicitaban la URSS y otros. La respuesta de la Asamblea del Fondo (resolución No. 3 de 1980) determinó que "la evaluación de la indemnización pagadera por el Fondo [del Convenio] no se puede hacer sobre la base de cuantificaciones abstractas del daño calculada según modelos teóricos"¹⁹. En el caso más reciente del Patmos, un buque tanque griego, accidentado en la costa de Calabria en 1985, el Fondo rechazó originalmente la demanda del Gobierno de Italia por falta de documentación sobre la naturaleza del daño causado o las bases sobre las que la cantidad demandada había sido calculada. El Gobierno de Italia llevó la causa ante los tribunales de Italia, siendo rechazada su posición en primera instancia pero aceptada en apelación. En 1989 el Tribunal de Apelación de Messina interpretó que la Convención incluía el daño ambiental, como "todo lo que altera el medio ambiente, causa deterioro en él o lo destruye, en todo o en parte". El Tribunal mantuvo que:

"El medio ambiente se debe considerar como un bien unitario, separado de los bienes de los que está compuesto (territorio, aguas territoriales, playas, poblaciones ictícolas, etc.). El derecho al medio ambiente corresponde al Estado en su capacidad de representante de las colectividades. El daño al medio ambiente causa perjuicio a valores inmateriales y consiste en reducir la posibilidad de utilizar el medio ambiente. El daño se puede indemnizar de manera equitativa, que el Tribunal puede determinar con arreglo a un dictamen pericial ... La definición de 'daño por contaminación' que se enuncia en el artículo I 6)

¹⁹ Sands, Mackenzie y Kalatschi, op. cit., pág. 45. Conviene señalar que la URSS había evaluado el daño de acuerdo con un modelo abstracto. Véase también el artículo de Clara Maffei, "The Compensation for Ecological Damage in the 'Patmos' Case", en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi, International Responsibility for Environmental Harm, cap. XVI, págs. 381 a 394.

es lo suficientemente amplia para incluir el daño al medio ambiente que se ha descrito supra.²⁰

32. Todas las convenciones de responsabilidad incluyen dentro de la definición del daño también al costo de las medidas preventivas, así como a cualquier daño o pérdida causado por estas medidas. Se refieren a las medidas preventivas tomadas después de un accidente y para minimizar o impedir sus efectos que se definen en todas las convenciones como "cualquier medida razonable tomada por cualquier persona, luego que ha ocurrido un incidente, para prevenir o minimizar el daño". Si la Comisión prefiere utilizar otra expresión en lugar de "preventivas" para tales medidas ex post, acaso "medidas de respuesta" pueda ser la expresión que se adopte, como se sugiere en nuestro décimo informe. En principio, el Relator Especial se inclina por llamarlas, como en todos los instrumentos, "preventivas", haciendo la correspondiente aclaración, ya sea en el texto o en el comentario.

33. Aparentemente, la modificación de 1992 al Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos incluye también entre las medidas cuyo costo es recuperable las de prevención ex ante, o sea las tomadas antes de cualquier derrame de petróleo, siempre que hubiere existido un peligro grave e inminente de daño por contaminación. Pareciera, sin embargo, que esta indemnización se refiere al caso en que, por ejemplo, el Estado afectado o algunas personas en el Estado afectado se vieron obligados a tomar algunas medidas defensivas debido, precisamente, a la falla de las medidas de prevención ex ante por parte del operador o su total ausencia.

4. La evaluación del daño ambiental

34. La evaluación del daño ambiental presenta problemas muy serios. Siguiendo la tendencia de intentar que todo tipo de daño sea reparado, lo que por cierto es justo, algunas leyes nacionales han llegado muy lejos en los métodos para evaluarlos, como veremos. La restauración no parece presentar problemas de evaluación, excepto cuando sus costos exceden largamente lo razonable en relación con la utilidad de esa forma de restitución en especie. El Tribunal deberá apreciar cuándo esa restauración excede de lo razonable y para ello evaluar los servicios que el daño ambiental hizo imposibles en forma temporaria o permanente. Puede suceder también que la restauración sea imposible, o sólo parcialmente posible, como vimos supra, en cuyo caso también se presenta el problema de evaluar los servicios de que se priva al público - del que el Estado es representante - en la medida en que la restauración se queda corta. Esta evaluación suele ser extremadamente difícil.

35. La cuestión está en saber si el tribunal competente se debería inclinar por una compensación de los daños directamente cuantificables, como los costos de restauración, o utilizar modelos teóricos abstractos para cuantificar aquella pérdida causada por el daño ambiental. No están bien desarrolladas las normas de derecho internacional al respecto, ni tampoco lo están en el orden nacional.

²⁰

Idem, pág. 46.

"En los Estados Unidos se ha dicho que la restauración del medio ambiente dañado es una 'actividad incipiente colmada de incertidumbre y controversia' "²¹.

36. Los métodos de evaluación alternativos incluyen: el precio que el recurso ambiental obtiene en el mercado; el valor económico que se atribuye al uso del recurso ambiental (tal como los métodos de costo del pasaje o el precio hedónico (hedonic pricing, discutido infra); o bien métodos de evaluación contingentes para medir la disposición de los individuos a pagar por bienes ambientales como el aire o el agua puros o la preservación de especies en peligro. Estos problemas de evaluación surgen en los Estados Unidos respecto a la CERCLA (1980) y a la OPA (1990), en relación con la competencia de ciertas autoridades públicas de accionar judicialmente por daño a recursos naturales causados por la inyección de sustancias peligrosas y vertimientos de petróleo respectivamente. Como el precio de mercado puede no existir, o no reflejar el verdadero valor del recurso, por ejemplo en el caso de especies amenazadas de extinción, algunos economistas han tratado de calcular el valor de uso de ciertos recursos naturales públicos (esto es, valor basado en el efectivo uso de un recurso, por ejemplo, por la pesca) basándose en el costo del viaje o en el precio hedónico. En relación con los métodos de costo del viaje, los gastos hechos por los individuos para visitar y gozar de los recursos forman la base del cálculo. Los métodos de precio hedónico contemplan el valor de mercado añadido a la propiedad privada por ciertos servicios valores (amenities) y buscan transponer dichos valores a los recursos públicos con valores comparables. Para valores que no son de uso, por ejemplo, el valor que un individuo puede poner en la preservación de una especie amenazada, aunque pueda no verla nunca, se ha desarrollado una metodología de evaluación contingente (MVC) que busca medir el valor preguntando a las personas cuánto estarían dispuestas a pagar, por ejemplo por vía de aumento en los impuestos, para preservar del daño a un recurso natural. Las críticas de la MVC sugieren que no se puede confiar en un método que no refleje una conducta económica real y que da valores inflados²². Se ha dicho también que el valor de recursos significativos colectivamente para la sociedad no puede reducirse a lo que un agregado de individuos estén dispuestos a pagar.

37. Parece comprensible, dadas las dificultades que anteriormente se exponen para la evaluación alternativa, la tendencia analizada supra de la práctica internacional en sentido de limitar la reparación de los daños ambientales a los costos de restauración, de reinstalación de recursos dañados o destruidos o de instalación de recursos equivalentes cuando a juicio del tribunal esto sea razonable. La cuantificación de los costos que proporciona la MCV parece demasiado poco confiable y acaso inapropiada para un proyecto que aspira a ser una convención global, con tribunales pertenecientes a tan diferentes culturas y sensibilidades populares en cuanto al medio ambiente. Sin embargo, si la restauración o reinstalación de recursos no pudiera hacerse, o no pudiera completarse, y se hubiera producido un daño efectivo al medio ambiente, no parece justo que el daño quede totalmente sin cobertura. Debería acaso dejarse al tribunal alguna latitud para evaluar equitativamente el daño causado en una suma de dinero, que se aplicaría a fines ecológicos en la región dañada, en

²¹ R. Stewart, op. cit. pág. 48. Todos los conceptos de este punto son tomados de esa obra.

²² Ibíd., pág. 2.

consulta tal vez con el Estado actor o con entidades de bien público, sin entrar en tan complicados métodos alternativos. Finalmente, los tribunales otorgan indemnizaciones por daño moral que son tan difíciles de evaluar como el ambiental. ¿Cómo medir la angustia o el sufrimiento?

II. TEXTOS Y COMENTARIOS PROPUESTOS

38. Los siguientes serían los textos que se sugieren.

"Daño" significa:

- a) La muerte, las lesiones corporales o el perjuicio a la salud o integridad física de las personas;
- b) El perjuicio causado a los bienes patrimoniales y el lucro cesante;
- c) El daño al medio ambiente, incluyendo:
 - i) El costo de las medidas razonables adoptadas o a adoptarse para restaurar o reinstalar recursos naturales, dañados o destruidos o, cuando sea razonable, introducir el equivalente de estos recursos en el medio ambiente;
 - ii) El costo de las medidas preventivas y del daño adicional que estas medidas pudieren haber causado;
 - iii) La indemnización que el juez pueda fijar de acuerdo con los principios de la equidad y de la justicia si las medidas indicadas en i) fueren imposibles, irrazonables o insuficientes para alcanzar una condición aceptablemente cercana al statu quo ante. Tal indemnización deberá aplicarse a mejorar el medio ambiente de la región afectada:
 - El medio ambiente incluye los ecosistemas y los recursos naturales, bióticos y abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora así como la interacción entre dichos factores;
 - Titular de la acción por reparación del daño ambiental será el Estado afectado o las entidades que éste designe de acuerdo con su derecho interno.

39. En el comentario relativo al daño al medio ambiente habría que distinguir entre el daño al medio ambiente per se, que es un perjuicio infligido a la comunidad y donde el titular de la acción es el Estado o las entidades que éste designe de acuerdo con su derecho interno, y el que se causa a las personas individuales, físicas o jurídicas, a través del deterioro ambiental, como por ejemplo si por consecuencia de la contaminación del agua alguien se intoxica y debe ser internado en un hospital, o el caso típico del hotelero que pierde clientela por causa del deterioro que sufre la región de su hotel (humos industriales, malos olores, agua contaminada, etc.). El comentario debería hacer notar que este último tipo de daño está encuadrado en los subpárrafos a) y b) del inciso 3.

40. Asimismo, en el comentario al apartado i) del inciso c) se debería destacar que uno de los significados de la palabra "razonables" aplicada a las medidas de restauración y de reinstalación, o de introducción de un equivalente, es el de que los costos de esas medidas no sean groseramente desproporcionados a la utilidad que la medida proporciona. Véase el caso Commonwealth of Puerto Rico contra Zoe Colocotroni, resuelto por el Tribunal Federal de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos de América (1628 F.2d 652 (1980)) que se refería al vertimiento de petróleo en la costa de Puerto Rico en 1973. "La legislación nacional autorizaba al Gobierno nacional o estatal a cobrar los costos o gastos incurridos ... en la restauración de los recursos naturales dañados o destruidos como resultado de una descarga de petróleo o de una sustancia peligrosa. En primera instancia, el Tribunal de Distrito (District Court) acordó daños basados, entre otras cosas, en el costo de reemplazar, por recurso a laboratorios de provisión biológica, los millones de pequeños organismos acuáticos destruidos por el vertimiento. El Tribunal de Apelaciones revirtió la sentencia en este aspecto, y sostuvo que el cartabón apropiado para determinar los daños en ese caso era el costo razonable incurrido por el soberano o su agencia designada para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en el área afectada a su condición preexistente, o a una condición tan cercana a ella, como fuera posible sin gastos groseramente desproporcionados. Los factores a tener en cuenta incluyen la factibilidad técnica, los efectos secundarios dañosos, la compatibilidad con la regeneración natural que puede ocurrir o la duplicación de esa regeneración y el grado en que los esfuerzos, más allá de un cierto punto, se tornarían redundantes o desproporcionadamente caros. El Tribunal de Apelaciones también reconoció que puede haber circunstancias en que la directa restauración del área afectada puede ser técnicamente imposible o tan desproporcionadamente cara que no sería razonable intentar ese remedio"²³.

²³ Sands, Mackenzie y Kalatschi, op. cit., pág. 56 (traducción no oficial).