

Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/CN.4/450
5 de abril de 1993
ESPAÑOL
ORIGINAL: ESPAÑOL/INGLES

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL
45° período de sesiones
Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1993

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

por el

Sr. Julio BARBOZA, Relator Especial

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 8	5
A. El mandato del Relator Especial	1 - 3	5
B. Algunas observaciones sobre la prevención	4 - 8	5
I. EL ARTICULADO	9 - 75	7
A. Consideraciones generales	9 - 10	7
B. Los textos	11 - 75	7
1. Artículo titulado: "Medidas de prevención"	11 - 25	7
a) Texto	11	7
b) Fundamentos	12 - 13	8
i) La obligación de cooperar	12	8
ii) Prohibición del uso nocivo del territorio	13	8

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
c) Observaciones en el debate anterior	14	8
d) Medidas unilaterales de prevención	15 - 24	9
i) La autorización previa	15 - 19	9
a. Generalidades	15 - 16	9
b. Actividades ya existentes	17	10
c. No suspensión de la actividad	18	10
d. El concepto de prevención	19	10
ii) Evaluación de impacto transfronterizo	20	11
iii) Las otras medidas unilaterales	21 - 24	11
e) Textos propuestos por el Relator Especial en reemplazo del artículo 1 del anexo	25	13
2. Artículo titulado "Notificación e información"	26 - 38	14
a) Texto	26	14
b) Observaciones generales	27	14
c) La participación del Estado afectado	28	14
d) La promoción de regímenes especiales	29	15
e) La participación de organizaciones internacionales	30 - 31	16
f) Otras observaciones	32 - 34	17
g) La información	35 - 36	18
h) Participación del público	37	18
i) Textos propuestos por el Relator Especial en reemplazo del artículo 2 del anexo	38	19

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
3. Artículo titulado "Seguridad nacional y secretos industriales"	39 - 42	20
a) Texto	39	20
b) Comentario	40 - 41	20
c) Texto propuesto por el Relator Especial	42	21
4. Artículo titulado "La consulta para un régimen"	43 - 53	21
a) Texto	43	21
b) Comentario	44 - 52	22
c) Texto propuesto por el Relator Especial en reemplazo del artículo 6 del anexo	53	25
5. Artículo titulado "Iniciativa de los Estados afectados"	54 - 57	26
a) Texto	54	26
b) Comentario	55 - 56	26
c) Texto propuesto por el Relator Especial en reemplazo del artículo 7 del anexo	57	27
6. Artículo titulado "Solución de controversias"	58 - 63	27
a) Texto	58	27
b) Comentario	59 - 62	27
c) Elementos para la propuesta de un futuro texto en reemplazo del artículo 8 del anexo	63	29
7. Artículo titulado "Factores del equilibrio de intereses"	64 - 71	29
a) Texto	64	29
b) Comentario	65 - 70	30
c) Propuesta del Relator Especial en relación con el artículo 9 del anexo .	71	33

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
8. El principio de no transferencia de riesgos o daños	72 - 74	33
a) Observaciones generales	72 - 73	33
b) Texto propuesto por el Relator Especial sobre la no transferencia de riesgos o daños	74	34
9. El principio "contaminador-pagador"	75	34
II. CONCLUSION	76	35

INTRODUCCION

A. El mandato del Relator Especial

1. La Comisión decidió en su último debate que, en cuanto al alcance del tema, "en la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo y la Comisión no debía tratar en la presente etapa de otras actividades que de hecho causarían daño". Por consiguiente, "... los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearán un riesgo de causar daño transfronterizo". Fue así que se solicitó al Relator Especial que "examinara de nuevo en el siguiente informe que presentase a la Comisión las cuestiones de la prevención sólo respecto de las actividades que presentarían un riesgo de causar daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de artículos sobre esa cuestión"¹.

2. Eso significa que el debate sobre la necesidad o no de normas de prevención está por el momento terminado: sobre ese tema habrá artículos con respecto a cuya obligatoriedad nos pronunciaremos, pero no ahora sino más adelante. Asimismo, que nuestras discusiones deben restringirse a los textos propuestos para la prevención y no adelantarse a lo relativo a la responsabilidad, que será considerada en su momento.

3. Demás está decir que, sujeto al resultado de la discusión, los artículos propuestos deberían ser enviados al Comité de Redacción lo antes posible para que se expida sobre ellos, considerando que ya ha habido tres debates sobre artículos específicos de prevención, uno en relación con el quinto informe, otro en relación con el sexto informe, que había recogido numerosas observaciones del anterior, y por último un tercero respecto al octavo informe. No podemos aspirar a que el Comité de Redacción tenga aún más material para realizar su tarea.

B. Algunas observaciones sobre la prevención

4. Ya habíamos examinado en el informe anterior la naturaleza de la prevención en las actividades de riesgo, al expresar:

"Habíamos visto que las medidas preventivas a cargo del Estado serían muy distintas de aquellas a cargo de los operadores particulares: el Estado debería dictar una normativa (incluyendo leyes y disposiciones administrativas) prudente y completa en materia de prevención y vigilar para que se cumpliera por los medios jurídicos de que dispone. Los particulares deberían adoptar las medidas, sustantivas o de fondo, a que los compelería el Estado."²

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/47/10), párrs. 346 y 349.

² A/CN.4/443, párr. 14.

5. Objeto de estas medidas: intentar que las actividades bajo jurisdicción o control de un Estado minimicen la probabilidad de que se produzca un incidente con efectos transfronterizos, y de que se reduzca el daño emergente de cada incidente (esto es, no sólo menor riesgo de daño, sino también menor riesgo de menor daño) e intentar que se reduzcan, limiten, o controlen dentro de su esfera de acción los efectos nocivos una vez producido un incidente con efectos transfronterizos.

6. Subrayamos intentar para indicar, que el objeto de la obligación no es evitar la producción de todo daño - que por definición es aleatorio puesto que se trata de actividades que crean un riesgo - sino adoptar ciertas medidas para obtener los resultados anteriores. Así, el Estado no tendrá en principio³ responsabilidad por actividades privadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control: otorgó la previa autorización luego de dados los pasos prescritos en los artículos correspondientes, notificó a los presuntos afectados, efectuó la correspondiente consulta, promulgó una legislación que razonablemente propendía a obtener los fines deseados, ejerció el debido control administrativo (pedidos de informes a los operadores, inspecciones, etc.).

7. Si bien examinamos los anteriores pasos establecidos por la prevención, advertiremos que las obligaciones de prevención configuran las llamadas de "debida diligencia", cuyo incumplimiento sólo se produce si no existe un razonable esfuerzo de cumplimiento. No tendrían, por ende, la naturaleza que se estaría primeramente tentados a darles, la de ser obligaciones de resultado de los artículos 21 y 23 de la parte I, más específicamente las del artículo 23, de prevenir un acontecimiento dado. La misma Comisión nos previene que no debemos confundir unas con otras en un informe sobre la parte I de la responsabilidad de los Estados

"Las obligaciones que exigen prevenir acontecimientos dados no se identifican, por lo tanto, con las a veces designadas con el término general de 'obligaciones de vigilancia'. La realización de la violación de estas últimas suele concretarse a una actividad del Estado y no está necesariamente afectada por el hecho de que se produzca o no se produzca una acontecimiento exterior."⁴

8. Es en lo relativo a las obligaciones del Estado y su eventual responsabilidad donde intervendría principalmente la comentada desigualdad entre los países en desarrollo y los desarrollados. Se ha aducido repetidamente, aquí y en la Sexta Comisión, que esos países carecen de los recursos financieros y de

³ Decimos "en principio" porque eventualmente el Estado puede tener una responsabilidad subsidiaria en ciertos casos, por ejemplo si el operador o su seguro no alcanzan a la suma necesaria para satisfacer el daño causado, como sucede en algunas convenciones, o bien otras posibilidades que podrían imaginarse. Que el Estado tenga tal responsabilidad subsidiaria y en qué consista se verá cuando tratemos la parte de la responsabilidad: sólo anunciamos esa posibilidad que dependerá respecto a su existencia y a sus modalidades de la decisión de la Comisión.

⁴ Anuario ... 1978, vol. II (Segunda parte), pág. 81, documento A/33/10, nota 397.

la tecnología necesarios para controlar la actividad de compañías multinacionales, que son las que suelen tener a su cargo estas actividades de riesgo. El Relator Especial comparte este argumento y sugiere la introducción de un texto que en general ayude a contemplar esa situación. El mejor lugar para ubicarlo acaso sea en el capítulo sobre los principios, que orientan la aplicación de todas las normas particulares. En cuanto a la asistencia que puedan prestar las organizaciones internacionales a los países en desarrollo, veremos un poco más adelante en este mismo informe algo al respecto.

I. EL ARTICULADO

A. Consideraciones generales

9. En el octavo informe se numeraron de 1 a 9 los artículos sobre prevención, lo que era natural ya que se había propuesto enviarlos a un anexo y por ende se los había sustraído a la numeración general. Desechada por la Comisión la posibilidad de tal anexo para este capítulo, deberíamos volver a insertarlos en aquella numeración. Considerando que el Comité de Redacción tiene bajo examen los artículos 1 a 9 del proyecto y que el artículo 10 (Principio de no discriminación) seguramente integrará el conjunto que aquel Comité tendrá que examinar, el primer artículo sobre prevención debería tener el número 11, y los siguientes ser ordenados en forma sucesiva.

10. Transcribiremos primero los textos que fueron propuestos para el anexo en el octavo informe redactado en forma ya no de recomendaciones sino de proposiciones jurídicas y depurados de las referencias a las actividades de efectos nocivos, cuya consideración ha sido postergada para una posterior etapa. Esos textos, así depurados y redactados, nos servirán de base para formular nuevos artículos que tengan en cuenta, en lo posible, las observaciones hechas en los debates mantenidos el año pasado, tanto en la Comisión como en la Asamblea General.

B. Los textos

1. Artículo titulado "Medidas de prevención"

a) Texto

11. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca al artículo 1 del anexo:

"Las actividades del artículo 1 requerirán para su desarrollo legal la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control han de realizarse. Antes de autorizar o de emprender una de esas actividades, el Estado dispondrá una evaluación del daño transfronterizo que ella pueda causar y asegurará, por acciones legislativas, administrativas y de aplicación que los responsables de su aplicación utilicen la mejor tecnología disponible para evitar el daño transfronterizo significativo o para minimizar el riesgo de su producción."

b) Fundamentos

i) La obligación de cooperar

12. El primer paso es la evaluación del impacto transfronterizo. Como se dijo en el octavo informe del Relator Especial, y antes de su quinto informe, esa obligación está íntimamente ligada a las de notificación, información y consulta, y conviene tener a todas presentes cuando se las comenta individualmente. Uno de sus fundamentos es el principio de cooperación del artículo 7 de este proyecto.

"Del deber de cooperar surge en primer término un deber para el Estado de cerciorarse, si una actividad que presenta exteriormente características de producir riesgos o efectos nocivos, realmente los causa. Para ello deberá someterla a un examen suficientemente profundo como para llegar a conclusiones ciertas al respecto."⁵

ii) Prohibición del uso nocivo del territorio

13. El otro fundamento es la prohibición de utilizar el propio territorio en detrimento de los derechos de otros Estados, que obliga a tomar todas las medidas necesarias para evitarlos.

"Siendo un fundamento, entonces, el deber de cooperar, el otro estaría expresado en la regla general que surge de los casos de jurisprudencia internacional corrientemente citados en este tema: no es permisible en el derecho internacional la utilización consciente por un Estado de su territorio para causar daños a otro Estado. Recordamos, en primer lugar, el caso de la Fundición Trail: 'ningún Estado tiene el derecho de utilizar, ni permitir la utilización de su territorio, de modo tal que emanaciones procedentes de él causen perjuicios en el territorio de otro Estado, o afecten a bienes situados en dicho territorio o a personas residentes en él'. También el caso del Canal de Corfú: en '... la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos que atenten contra los derechos de otros Estados'."⁶

c) Observaciones en el debate anterior

14. El texto del anexo mezcla la obligación de la "evaluación del impacto transfronterizo" del antiguo artículo 11 con las medidas unilaterales del antiguo artículo 16. Se expresó en el debate la preferencia por textos separados para cada obligación, lo que es factible. También que debería mantenerse en el capítulo sobre la prevención el deber del Estado de imponer la adopción de seguros por los particulares para asegurar las eventuales indemnizaciones, referencia que se había dejado para ser incluida en el capítulo sobre la responsabilidad, puesto que los seguros no evitan el incidente, sino que cubren los daños que causa. El Relator Especial no tiene inconvenientes tampoco en seguir esta sugerencia e incluir el tema en este artículo, puesto que

⁵ A/CN.4/423, párr. 76.

⁶ Ibíd., párr. 78.

es un paso que el Estado sin duda verificará previamente a la autorización de la actividad, o sea contemporáneamente a la evaluación del daño transfronterizo.

d) Medidas unilaterales de prevención

i) La autorización previa

a. Generalidades

15. Hubo diferentes pareceres respecto a la obligación de autorización previa. En general, las opiniones fueron favorables, aunque hubiera un miembro que dudaba de la necesidad de hacer de ella un requisito obligatorio. Otro miembro la estimaba innecesaria por cuanto creía que no había país en el mundo que no la exigiera, en defensa de su propia población, para actividades peligrosas y en cambio iban a reaccionar contra su imposición por tratado como si fuera una intervención en sus asuntos internos, concepto que fue expresamente rechazado por otro miembro. No pensamos que esa exigencia pueda ser considerada como una inmiscusión indebida en los asuntos internos de otro Estado, puesto que se hace para prevenir la violación de un derecho de los Estados a su integridad física y territorial. Para señalar que es innecesario imponer esta obligación se ha argumentado que es la población, o el medio ambiente, del propio Estado de origen el primero en ser dañado por una actividad peligrosa y que por ende será éste el primer interesado en exigir la previa autorización. Pero conviene puntualizar en primer término que el Estado afectado no va a considerarse indemnizado de su daño por el que también pueda sufrir el Estado de origen como consecuencia de actividades que se realizan en su propio territorio; en segundo lugar que tal perjuicio en el propio territorio no exime de la prohibición de utilizar el territorio propio en desmedro de los derechos de terceros Estados⁷. Por lo demás, puede haber casos en que una actividad cause un daño, total o parcialmente, fuera del territorio, con lo cual no afectaría a su propia población o medio ambiente, o los afectaría mucho menos en perjuicio del vecino. Un ejemplo de lo primero sería el de una instalación situada junto a una frontera, cuyas emisiones fueran llevadas a territorio vecino por vientos constantes, o a la vera de un río que lleve la contaminación directamente al país vecino sin afectar la parte propia del río. Lo segundo puede ilustrarse invocando un yacimiento de desechos peligrosos ubicado también próximo a una frontera internacional: la mitad de los efectos dañinos puede ir al extranjero. Estos ejemplos no fueron extraídos en forma alguna de la imaginación del Relator Especial, sino de la vida real y de la práctica internacional. De forma entonces que el hecho de que el primer damnificado normalmente sea el propio Estado de origen no puede invocarse, en principio, para eximirlo de su obligación de considerar los derechos de los Estados eventualmente afectados.

16. También se ha dicho que en algunos casos no sería factible evaluar las repercusiones transfronterizas de ciertas actividades. Sin necesidad de trasladarse al Estado afectado, puede en muchísimos casos estimarse si una actividad que presenta ciertas características de peligro es susceptible de producir daños transfronterizos, por una simple apreciación de las sustancias que maneja o de la tecnología que emplea, o el conocimiento general del territorio vecino, que alcanza para percatarse, sin necesidad de una visita

⁷ Caso del Canal de Corfú, de la Fundición Trail, etc.

ad hoc, de que una cierta actividad podría dañar áreas especialmente vulnerables o protegidas. Si ello no es posible, obviamente se requerirá la cooperación del Estado afectado para realizar las diligencias in situ que permitan llegar a conclusiones definitivas respecto al riesgo que la actividad presenta. Para eso está la participación que se otorga al afectado a través de la notificación, el intercambio de información y la consulta. Si el Estado presuntamente afectado negara la entrada en su territorio o de alguna otra manera dificultara la actuación de los enviados por el Estado de origen, resulta claro que no podrá quejarse si de esa negativa se origina un daño.

b. Actividades ya existentes

17. Si se da el caso de una actividad que ya venía desarrollándose en el país de origen sin contar, por cualquier razón con la autorización previa y cae bajo la atención del Estado como una actividad presuntamente peligrosa, el Estado en cuestión deberá exigir al operador que se dirija a los organismos competentes para recabar la correspondiente autorización con los mismos trámites que la del artículo 11.

c. No suspensión de la actividad

18. ¿Debe el Estado territorial ordenar la suspensión de la actividad a la espera del cumplimiento de los requisitos procesales: notificación y sobre todo consulta con el o los Estados afectados? La Comisión parece haber expresado un mayoritario parecer en sentido negativo. Puede haber cierta lógica abstracta en que se suspenda la actividad hasta que se cumpla con los extremos que reclama la prevención más perfecta, esto es, la que se acuerda con la participación de la parte o partes afectadas, pero recordemos que muchas veces se alzaron en esta Comisión y en la Asamblea General para descartar toda posibilidad de que se otorgue a los afectados un virtual veto, como surgiría de un mandato de espera a que las instancias internacionales se cumplieran. Tal vez la mejor solución para acatar esta voluntad expresada fuera autorizar al Estado territorial la iniciación o continuación de la actividad mediante la extensión de su propia garantía para cubrir los eventuales daños transfronterizos que la actividad pudiere producir, en la forma que se establezca en el capítulo sobre la responsabilidad.

d. El concepto de prevención

19. Hemos considerado hasta ahora las modificaciones sugeridas en el curso del debate. En el artículo 14 se cambia ligeramente la fórmula del anterior artículo 1, in fine, del anexo. Se introduce el concepto de prevención en sentido de: a) minimizar el riesgo de producción de daños transfronterizos, esto es, disminuir la frecuencia de los accidentes; b) minimizar - si fuera posible - la magnitud del daño eventual, o sea, por ejemplo, reemplazar en el manejo de la actividad un elemento de gran poder y por ende susceptible de un efecto muy importante, por otro menos poderoso, aunque la frecuencia estadística de producción de accidentes no cambie por ello. Esta doble función estaría de acuerdo con una definición del riesgo propuesta en el octavo informe, según la cual éste abarcaría ambas coordenadas: el efecto combinado de la probabilidad de ocurrencia de un accidente y la severidad de su impacto; c) contener o minimizar los efectos dañosos de un incidente ya producido, por ejemplo tomando, cuando fuere posible, en el propio territorio ciertas medidas que amortigüen el

efecto desencadenado antes de que llegue a la frontera, o tomando otras medidas que contribuyan a contener dichos efectos, lo que constituye la conocida "prevención ex post facto" de que tratan la mayoría de los convenios de responsabilidad civil.

ii) Evaluación de impacto transfronterizo

20. La necesidad de una evaluación del impacto transfronterizo como requisito previo para la autorización por el Estado del desarrollo de actividades figura en la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, particularmente en su artículo 2, párrafos 2 y 3, así como en la Convención sobre el impacto transfronterizo de accidentes industriales, artículo 4, párrafo 2. En esta última, tales evaluación y autorización son necesarias también cuando se propone un cambio importante (major change) en la actividad de que se trate. En el mismo sentido, el principio 12 del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) sobre evaluación del impacto ambiental:

"Cuando la información proporcionada como parte de una evaluación del impacto ambiental indique que una actividad propuesta puede afectar considerablemente al medio ambiente de otro Estado, el Estado en el que se esté planeando la actividad debe, en la medida de lo posible: a) notificar al Estado potencialmente afectado la actividad propuesta; b) transmitir al Estado potencialmente afectado cualquier información pertinente que se haya obtenido con la evaluación del impacto ambiental y cuya transmisión no esté prohibida por las leyes o reglamentos nacionales; y c) cuando esté acordado entre los Estados interesados, celebrar consultas oportunamente."⁸

Asimismo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo dice en su principio 17:

"Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente."

iii) Las otras medidas unilaterales

21. En cuanto a las otras medidas unilaterales, el Código de Conducta sobre la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas pone a cargo del Estado tomar estrictas medidas (de acuerdo a estándares de seguridad y utilizando la mejor tecnología disponible) para prevenir, controlar y reducir la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, así como: a) minimizar el riesgo de daño y, b) mitigar y contener el daño emergentes de esa contaminación (art. II, párr. 1). Asimismo, en el artículo III se establecen las medidas legislativas y administrativas a tomarse por las partes

⁸ Principios y Directrices para la Evaluación del Impacto Ambiental, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en su decisión 14/25 del 17 de junio de 1987. Véase UNEP/WG.152/4, anexo; reproducidos también en UNEP/GC.17, anexo III.

para la prevención, control y reducción de la contaminación accidental de las aguas de que se trata y para mitigar y contener el daño resultante (párr. 1). Tales medidas deberán promover el desarrollo y la aplicación correcta de la mejor tecnología disponible y su operación segura para una eficiente prevención, control y reducción de la contaminación accidental (párr. 2)⁹.

22. La Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, a su vez, dice que "las Partes tomarán, en forma individual o conjunta, todas las medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar cualquier impacto transfronterizo adverso de carácter significativo de actividades propuestas" (artículo 2, párrafo 1). Es muy importante esta disposición, puesto que no limita la Convención a imponer una evaluación del impacto ambiental, sino también a su prevención, reducción y control, de ahí que sea incluido este artículo en el comentario a las medidas unilaterales (en este caso, también conjuntas con otros Estados). Después de decir esto, que parece una disposición muy general, sigue otra más particular:

"Cada Parte tomará las medidas legales, administrativas o de otro carácter para aplicar las disposiciones de esta Convención, incluyendo respecto a las actividades propuestas enumeradas en el apéndice I que pueden causar un impacto transfronterizo adverso, la realización de un procedimiento de evaluación del impacto ambiental que permita la participación pública y la preparación de los documentos de la evaluación del impacto ambiental descritos en el apéndice II."¹⁰

23. En la Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales se determina, en el artículo 3, párrafo 1, que:

"Las Partes ... tomarán las medidas apropiadas y cooperarán en el marco de esta Convención, para proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales por la prevención de tales accidentes en la medida de lo posible, por la reducción de su frecuencia y severidad y por la mitigación de sus efectos. Con este fin se aplicarán medidas de prevención, de preparación y de respuesta, incluyendo de restauración."

En el párrafo 3 se dice:

"Las Partes velarán (ensure that) porque el operador esté obligado a tomar todas las medidas necesarias para la operación segura de la actividad de riesgo (hazardous activity) y para la prevención de los accidentes industriales."

⁹ E/ECE/1225; ECE/ENVWA/16, págs. 4 y 5.

¹⁰ International Legal Materials, vol. XXX, No. 3, mayo de 1991, pág. 803.

Y el punto 4 completa lo anterior: "Para dar cumplimiento a las disposiciones de esta Convención, las Partes tomarán las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras apropiadas para la prevención de accidentes industriales, la preparación para tales accidentes y la respuesta a ellos"¹¹.

24. Hemos citado las disposiciones pertinentes de los tres instrumentos comentados dejando de lado en cambio otros sobre responsabilidad por daños transfronterizos, porque aquellos ponen un énfasis especial en la prevención y además contienen los más modernos conceptos al respecto. Dejamos constancia que la traducción al español es nuestra.

e) Textos propuestos por el Relator Especial en reemplazo del artículo 1 del anexo

25. En lugar, entonces, del texto único del artículo 1 del anexo, proponemos varios siguiendo las tendencias del último debate.

"Artículo 11

Autorización previa

Las actividades del artículo 1 requerirán la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control se realicen. Dicha autorización será igualmente necesaria cuando se proponga un cambio importante en dicha actividad.

Artículo 12

Evaluación del impacto transfronterizo

Para el otorgamiento de la autorización del artículo anterior, el Estado territorial ordenará que se realice una evaluación de su posible impacto transfronterizo y del tipo de riesgo de que dicho impacto se produzca.

Artículo 13

Actividades preexistentes

Si el Estado comprobara que alguna o algunas actividades de riesgo se están desarrollando bajo su jurisdicción o control sin autorización, deberá conminar a los responsables de su conducción a recabarla, mediante el cumplimiento de los requisitos impuestos en los presentes artículos. La actividad en cuestión no se suspenderá a la espera de aquel cumplimiento entendiéndose que el Estado será responsable por los eventuales daños en la forma que se establece en los artículos correspondientes.

¹¹ International Legal Materials, vol. XXXI, No. 6, noviembre de 1992, pág. 1.335.

Artículo 14

Conducción de las actividades

El Estado asegurará, a través de acciones legislativas, administrativas o de otro carácter, que los operadores de dichas actividades adopten todas las medidas, incluyendo la adopción de la mejor tecnología disponible, para minimizar el riesgo de daños transfronterizos significativos y su magnitud probable o en caso de accidente, contener y minimizar tales daños. Asimismo, promoverá la adopción de seguros obligatorios u otras garantías financieras que permitan cubrir las correspondientes indemnizaciones."

2. Artículo titulado "Notificación e información"

a) Texto

26. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca al artículo 2 del anexo:

"Si de la evaluación del artículo anterior surgiere la posibilidad de daño transfronterizo significativo, el Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundare la evaluación. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados o si no resultara posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados, el Estado de origen procurará que una organización internacional con competencia en la materia lo asista en la identificación de los Estados afectados."

b) Observaciones generales

27. Son muchos los instrumentos que consagran la necesidad de notificación en casos como los del proyecto de artículo transcripto: la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo en su artículo 3, y la relativa al impacto transfronterizo de accidentes industriales en su artículo 3, implícitamente cuando determina la necesidad de informar a los afectados y explícitamente en su artículo 10. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo la exige en su principio 19:

"Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe."

c) La participación del Estado afectado

28. Como se explicó en el quinto informe del Relator Especial y se reiteró en el octavo informe, las obligaciones de evaluación del impacto transfronterizo, de la notificación, información y consulta están íntimamente ligadas y tienden

todas ellas a un objetivo muy importante en materia de prevención: el de promover la participación del Estado presuntamente afectado para que éste pueda aportar su contribución a una más segura conducción de la actividad en el Estado de origen y al mismo tiempo esté en condiciones de tomar en su propio territorio las precauciones que puedan prevenir o disminuir el impacto transfronterizo. Como vimos, uno de los fundamentos de las obligaciones en cuestión es la cooperación, que constituye uno de los principios propuestos en el artículo 7 de nuestro proyecto.

"Decimos que la notificación surge de la obligación general de cooperar porque a veces es necesaria la acción conjunta de ambos Estados, el de origen y el afectado, para obtener un efecto preventivo más completo. Acaso algunas medidas tomadas desde el territorio del afectado pudieran actuar como defensas y evitar la propagación al territorio propio de efectos producidos en el del Estado de origen. O tal vez la cooperación del otro Estado es fructífera por el intercambio de datos que pueda tener lugar entre las partes, particularmente si ese otro Estado tiene una tecnología de interés en el asunto de que se trate. O quizá porque un esfuerzo conjunto de investigación suele ser normalmente más fructífero que las tentativas individuales. Esto es decir que la participación del afectado es necesaria para una real y eficaz prevención, y puede afirmarse entonces que las obligaciones del Estado de origen para que acepte esa participación tiene también esa finalidad."¹²

d) La promoción de regímenes especiales

29. Hay otra finalidad de la notificación que se relaciona con uno de los objetivos del proyecto de artículos: la referente a la promoción de regímenes particulares para actividades específicas. Cuando en un Estado se autoriza el desarrollo de una actividad de riesgo, lo ideal sería que entre dicho Estado y los eventualmente afectados se conviniera por acuerdo entre ellos un régimen particular que tuviera en cuenta las características específicas de dicha actividad para establecer medidas de prevención también específicas y eventualmente se incluyeran las de reparación.

"El primer paso en la dirección de un régimen está dado, entonces, por la notificación ... La participación del afectado en este proceso conviene también al Estado de origen, que tiene un presunto interés en encontrar un régimen legal para una actividad de riesgo ... de la que es responsable ... El régimen hacia el cual se tiende con la obligación de notificar no tendría solamente por objeto prevenir accidentes, sino equilibrar los intereses de las Partes poniendo orden en una verdadera constelación de factores. Así, por ejemplo, se podrían determinar las medidas de prevención teniendo en cuenta sus costos en relación con los costos de accidentes y los beneficios de la actividad, la magnitud de los riesgos que la actividad envuelve, la importancia económica y social de la actividad de que se trate, la participación eventual de cada uno de los Estados en los

¹² A/CN.4/423, párr. 77.

costos que las operaciones impliquen - si se conviene en que se compartan ciertos costos - las excepciones que puedan oponerse a estas obligaciones, etc."¹³

e) La participación de organizaciones internacionales

30. En el contexto de este artículo se hicieron varias observaciones, a favor y en contra de la intervención de organizaciones internacionales y respecto al contenido de esa intervención. Las opiniones han sido variadas, desde un escepticismo totalmente negativo hasta un reclamo de mucho mayor protagonismo, esto último principalmente en relación con la situación de los países en desarrollo. No puede haber duda en cuanto a que hay organizaciones en condiciones de prestar la asistencia que los países en desarrollo puedan requerirles, puesto que lo están haciendo actualmente en muchos campos parecidos y tienen amplia capacidad en cuanto a lo que se les pediría aquí. Tras nueva reflexión, sin embargo, la cuestión parece ser diferente: hasta qué punto nuestros artículos pueden obligar a una entidad de este tipo a prestarle aquella asistencia. Tampoco cuestionamos su voluntad de prestarla; la pregunta es, en qué cambiaría las cosas que un instrumento del que son parte un cierto número de Estados establezca obligaciones de asistencia a cargo de organizaciones internacionales que no son parte? Un instrumento semejante sólo puede ejercer compulsión sobre los Estados miembros y lo máximo que se puede hacer es establecer que si un Estado reclama la intervención de una organización internacional, el otro no pueda oponerse en caso de que dicha organización acepte el papel que se le asigna.

31. Se sugirió a este respecto utilizar el precedente de los artículos 202 y 203 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. El 202 se refiere a la asistencia científica y técnica a los Estados en desarrollo, y dice que: "Los Estados, actuando directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, promoverán programas de asistencia científica, ... técnica" etc. Obviamente, aquí se trata de una obligación de los Estados partes, que pueden cumplir actuando en forma directa o bien a través de organizaciones internacionales. El texto da por supuesto que la organización en cuestión ha aceptado actuar de acuerdo al requerimiento del Estado en cuestión, lo que puede suceder por varias razones y entre ellas porque en su estatuto tiene la obligación de hacer lo que se le ha pedido por el Estado que, promovió su actuación. El artículo 203, en cambio, impone una obligación a las organizaciones internacionales de dar trato preferencial a los Estados en desarrollo en relación con la asignación de fondos de asistencia técnica apropiados y la utilización de sus servicios especializados. Según lo interpretamos, es una obligación de las organizaciones internacionales que son partes en la Convención de acuerdo con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 305, y dentro de las limitaciones impuestas por el articulado del anexo IX. Ese no es el caso en nuestros artículos, que no prevén que haya organizaciones internacionales entre sus partes. El Relator Especial está abierto a las sugerencias que al respecto pueda recibir, pero confiesa que luego de haber introducido como ensayo proposiciones relativas al papel de las organizaciones internacionales, en este campo, no ve la posibilidad de obligarlas jurídicamente a nada en un instrumento del que no participen. La

¹³ Ibíd., párrs. 100 y 101.

redacción del antiguo artículo 2 estaría de acuerdo con lo anteriormente dicho puesto que se indica a los Estados de origen que pueden intentar que una organización internacional competente le preste su ayuda para identificar a los Estados que serán presumiblemente afectados. Al sugerir la redacción que se comenta, el Relator Especial tuvo in mente el PNUMA, que posee un sistema global de supervisión del medio ambiente (GEMS) cuyos objetivos son: a) efectuar una evaluación amplia de las cuestiones más importantes del medio ambiente y proveer así los datos científicos necesarios para la administración racional del medio ambiente y de los recursos naturales, y b) proveer noticia avanzada de cambios en el medio ambiente a través del análisis de los datos recibidos por la supervisión¹⁴. Sabido es que otras organizaciones y programas internacionales han dedicado al estudio y acopio de datos en materias como el medio ambiente, la protección de la salud humana contra impactos transfronterizos, etc., que podrían sin duda ayudar a los países en desarrollo en la mejor comprensión de estos temas. Tales son la Comisión Económica para Europa (CEPE), a través de sus propias comisiones como en conjunción con la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o el PNUMA, la FAO misma, la Organización Meteorológica Mundial (OMM), el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), etc.

f) Otras observaciones

32. Una observación atendible subrayó la necesidad de introducir alguna noción de urgencia en cuanto al tiempo que el Estado de origen debe tomarse para efectuar la notificación. Esa noción figuraba ya en el proyecto de artículo 11 del sexto informe, en el que la notificación correspondiente debía hacerse "lo antes posible" y puede reinstalarse en nuestro artículo 15.

33. Hubo una opinión en el sentido que podría ser imposible notificar a todos los interesados, o hacer una evaluación del impacto transfronterizo, por ejemplo, en el caso de lanzamiento de un satélite. La notificación a todos los interesados y la misma evaluación deben hacerse, naturalmente, dentro de lo posible. En algún caso podría ser, simplemente urbi et orbis o bien a través de alguna organización internacional de alcance global que quiera prestar sus servicios a ese fin. Si no se puede, en un principio, identificar a todos los presuntamente afectados, el Estado de origen notificará a todos los que él crea que están en esas condiciones. Si luego aparece algún otro como susceptible de ser también tocado por el impacto transfronterizo, el Estado de origen deberá notificarlo e informarle de lo pertinente, y si no lo hace el presunto afectado tendrá derecho a pedir la consulta del artículo 18, con los recaudos requeridos.

34. En todo caso, la evaluación no parece tan difícil, puesto que no se requiere la certeza de que se va a producir un daño transfronterizo significativo, sino sólo la certeza de que existe un riesgo significativo de tal daño. Para ello habrá que definir de la mejor manera posible esas actividades, ya que tanto la Asamblea General como esta Comisión rechazaron la idea de listas de actividades peligrosas o de sustancias peligrosas que contagiarían de riesgo

¹⁴ Véase el documento titulado "GEMS. Global Environment System", editado por el PNUMA.

a la actividad que las manipule, etc. En anteriores informes, el Relator Especial sugirió la inclusión de listas de sustancias peligrosas, con carácter meramente indicativo en un anexo, que fueran ejemplos de la definición general y que ayudaran a mejor caracterizar una actividad nueva. En todo caso, la notificación y la eventual consulta, con un régimen de asesoramiento como el que se examina más adelante, podría contribuir a que los interesados puedan arribar a alguna conclusión válida.

g) La información

35. En el Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, aparte de una obligación general de intercambiar informaciones sobre las medidas adoptadas, en general, se recomienda en el párrafo 4 del artículo VI que los países ribereños intercambien informaciones respecto a la autorización de actividades planeadas que creen un riesgo significativo de contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, y la Convención sobre el impacto transfronterizo de accidentes industriales contiene una disposición respecto al intercambio de informaciones, el artículo 15, que remite a un anexo donde se enumeran el tipo de informaciones que debe transmitirse entre las partes interesadas, tales como las medidas legislativas y administrativas adoptadas, los programas de vigilancia, planificación, investigación, experiencia con accidentes anteriores, sobre el desarrollo y aplicación de las mejores tecnologías para mejorar la seguridad y protección ambiental, etc. Contiene la misma obligación el artículo 3, párrafo 2.

36. Aparte, entonces, de la información que debe darse en el particular momento en que el Estado de origen está en los trámites de la autorización de una actividad sospechada de peligrosa, debe existir entre las partes una obligación general de intercambiar informaciones periódicamente en el desarrollo de la dicha actividad.

h) Participación del público

37. Por otra parte, hay un principio que se encuentra en un buen número de instrumentos relativos a los impactos transfronterizos de las actividades desarrolladas en un país, y que se relaciona con la participación de las personas y entidades privadas que presumiblemente serían afectadas por el accidente. Este principio se aplica en primer término a la propia población y dice que debe dársele la suficiente información relacionada con la posibilidad de efectos dañinos de cualquier actividad de riesgo para capacitarla a intervenir en los procesos administrativos de tomas de decisión que les conciernen en grado importante. Pero en otros instrumentos el derecho se hace extensivo a los particulares y entidades de los Estados afectados (véase artículo 9 y anexo viii de la Convención sobre accidentes industriales, así como el principio 10 de la Declaración de Río). En nuestro caso, por el principio de no discriminación, los Estados que ofrecen esas posibilidades a su propia población deberían naturalmente hacerlas extensivas a los habitantes de los países afectados que estén en las mismas condiciones que los propios. Estando en la tarea de redactar normas aplicables globalmente, y como el grado de desarrollo y las diferencias de sensibilidad tanto política como social varían muy considerablemente entre los países cuando se toma un contexto tan amplio, creemos que se podría incorporar una obligación en el sentido arriba indicada, pero condicionada por la frase "dentro de lo posible y según corresponda" en

cuanto a las poblaciones propias, que deberán hacer extensiva a los habitantes de los países afectados que estén en las mismas condiciones.

i) Textos propuestos por el Relator Especial en reemplazo del artículo 2 del anexo

38. El Relator Especial propone los siguientes artículos en reemplazo del artículo 2 del anexo:

"Artículo 15

Notificación e información

Si de la evaluación del artículo anterior surgiere la posibilidad de daño transfronterizo significativo:

a) El Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundamentare su evaluación;

b) Dicha notificación la hará el Estado de origen por sí o por intermedio de una organización internacional con competencia en la materia, si los efectos transfronterizos de una actividad pudieren extenderse a una pluralidad de Estados a los que el Estado de origen tuviera dificultades para identificar;

c) Si posteriormente llegare a conocimiento del Estado de origen la existencia de otros Estados presuntamente afectados deberá notificarlos sin demora;

d) En la medida de lo posible y según corresponda, los Estados proveerán al público susceptible de ser afectado, información respecto al riesgo y a los daños que pudieren derivarse de una actividad sometida a autorización, y le darán participación en los procesos de tomas de decisión respecto a tales actividades.

Artículo 16

Intercambio de informaciones

Durante su desarrollo, las partes interesadas deberán intercambiar periódicamente toda información sobre la actividad que sea de interés para la mejor prevención de daños transfronterizos."

3. Artículo titulado "Seguridad nacional y secretos industriales"

a) Texto

39. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente que es idéntico al artículo 3 del anexo:

"Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias."

b) Comentario

40. Este artículo no recibió mayores comentarios. Se dijo, en general, que era aceptable con eventuales modificaciones de redacción. El texto transcrito sigue las líneas del artículo 20 del proyecto relativo al derecho de los cursos de agua para fines distintos de la navegación, y modifica el que el Relator Especial en el presente tema presentará como artículo 11 en el quinto informe. El Relator Especial es consciente de que hay diferencias entre el proyecto sobre los cursos de agua y el presente que a veces no autorizan la adopción por analogía de sus reglas, pues aparte de haberlo notado él mismo, se lo han dicho muchas veces. El comentario al artículo 20 de aquel proyecto, sin embargo, trae considerandos que parecen perfectamente aplicables al caso, más general, de nuestros artículos pues, reconociendo el interés de los Estados en no difundir información vital para su defensa o seguridad nacionales, estima sin embargo que un Estado (del curso de agua) afectado no debe carecer por entero de información acerca de los posibles efectos de las medidas de que se trate:

"El artículo tiene, pues, por objeto lograr un equilibrio entre las necesidades legítimas de los Estados interesados: la necesidad de que la información delicada sea confidencial, por una parte, y la necesidad de información relativa a los posibles efectos perjudiciales de las medidas proyectadas, por otra."¹⁵

41. En un contexto más general, nuestro artículo se inspira también en el informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos que formuló "principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados", que dice en el párrafo 2 del principio 6:

"En los casos en que la legislación nacional o los convenios internacionales prohíban la transmisión de determinada información, el Estado o los Estados que se reserven esa información deberán cooperar, sin embargo, con el otro o los otros Estados interesados, sobre la base en

¹⁵ Véase Anuario ... 1988, vol. II (Segunda parte), pág. 58, documento A/43/10, cap. III.C, comentario al artículo 20.

particular del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, a fin de llegar a una solución satisfactoria."¹⁶

Igualmente, la Convención sobre efectos transfronterizos de accidentes industriales, en su artículo 22, párrafo 1, establece que:

"Las disposiciones de esta Convención no afectarán los derechos u obligaciones de las partes según sus leyes nacionales, reglamentos, disposiciones administrativas o prácticas legales aceptables y reglamentaciones internacionales aplicables para proteger informaciones relacionadas con datos personales, secretos industriales y comerciales, incluyendo a la propiedad intelectual o a la seguridad nacional."¹⁷

c) Texto propuesto por el Relator Especial

42. El Relator Especial propone el siguiente texto:

"Artículo 17

Seguridad nacional y secretos industriales

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias."

4. Artículo titulado "La consulta para un régimen"

a) Texto

43. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca el artículo 6 del anexo:

"Los Estados interesados se consultarán, si fuere necesario, para determinar el riesgo y la magnitud del eventual daño transfronterizo, con

¹⁶ A/CN.4/406, párr. 86. La Asamblea General, en su resolución 34/186 relativa a los anteriores principios, aprobada sin votación el 18 de diciembre de 1979,

"Pide a todos los Estados que utilicen los principios como directrices y recomendaciones en la formulación de convenciones bilaterales o multilaterales relativas a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sobre la base de la buena fe y con espíritu de buena vecindad ..." (párr. 3)

¹⁷ International Legal Materials, vol. XXXI, No. 6, noviembre de 1992, pág. 1.342.

vistas a establecer los ajustes y modificaciones de la actividad planeada, las medidas preventivas y los planes contingentes que dieran satisfacción a los Estados afectados, entendiéndose que la responsabilidad por los daños causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento."

b) Comentario

44. Se recordará que los artículos 4 y 5 del anexo se ocupaban de las actividades de efectos nocivos, y por ende su eventual consideración quedará para más adelante. Es por eso que pasamos directamente al artículo 6 del anexo, que trata de la consulta en las actividades de riesgo. Este es el lugar para examinar con detenimiento la naturaleza de la consulta en estas actividades y avanzar algunas consideraciones que se aplican igualmente a la evaluación, la notificación y la información, pero que es mejor intentarlas ahora, cuando se cierra este ciclo tan interconectado de esas cuatro instancias. Recordamos lo dicho en el quinto informe:

"Parece claro que en el tipo de procedimiento que entramos a considerar hay tres funciones que están íntimamente ligadas, de tal manera que no puede separarse ninguna de ellas respecto a las otras dos. Nos referimos a la evaluación, la notificación y la información respecto de una actividad del artículo 1. A veces alguna de ellas se sobreentiende por implícita; ¿cómo podría, en efecto, notificarse a un Estado respecto a ciertos riesgos o efectos nocivos de una actividad sin que previamente el Estado de origen haya hecho una evaluación de los posibles efectos, en otras jurisdicciones, de esa actividad? ¿Cómo podría dar información sobre dicha actividad sin al mismo tiempo o antes notificar al Estado afectado de lo que se trata? ¿Cómo podría notificarse a alguien de ciertos peligros sin acompañar la información que sobre ellos se ha podido reunir?"

Más aún, la consulta con los Estados afectados está igualmente ligada a las tres anteriores. ¿Qué valdría evaluar, notificar e informar si no se va a consultar la opinión del Estado afectado? Ya hemos visto que hay límites a la libertad de un Estado de origen en cuanto a las actividades del artículo 1, y ese límite está fijado por el daño apreciable a los derechos que dimanen de la soberanía de otros Estados, precisamente los afectados. En la medida en que estos derechos sean, o puedan ser, vulnerados, los Estados afectados tienen su palabra que decir respecto de actividades como las del artículo 1. Y, por otra parte, ¿qué consulta sería posible sin la previa realización de los pasos anteriores?"¹⁸

45. La consulta, entonces, es necesaria para completar el proceso de participación del Estado afectado, pero es claro que sus objetivos en principio se encuentran limitados por la naturaleza jurídica de las actividades de riesgo. Si estas actividades son lícitas cuando el Estado de origen cumple ciertas condiciones, no obstante la posibilidad de daño transfronterizo que originan, la consulta podrá tener un alcance limitado: no se someterá la iniciación de la actividad a los acuerdos a que pudiere arribarse en aquella consulta, ni al cumplimiento de los requisitos procesales de la prevención ni podrá, en

¹⁸ A/CN.4/423, párrs. 73 y 74.

principio, pedirse su cesación en la medida en que sea realmente una actividad de riesgo y no una de efectos nocivos disimulada bajo su guisa.

46. En relación con la licitud o no de una actividad que puede producir un daño transfronterizo se ha originado en el anterior debate de esta Comisión lo que entendemos que puede ser un simple malentendido. Hubo un razonamiento que discurría de este modo, si el Relator Especial bien lo entendió: si el daño transfronterizo está prohibido, como podría surgir del principio 21 de Estocolmo o de la jurisprudencia de casos como el de la Fundación Trail y del Canal de Corfú, el tema de la responsabilidad por actos no prohibidos no tendría fundamento alguno, porque todos los actos conducentes a un daño transfronterizo serían ilícitos, lo que equivale a decir que estarían prohibidos. Entre las consecuencias normales de tales actos estaría en primera línea la cesación, si se tratara de un acto continuado.

47. Por otro lado, se recordará que en nuestro octavo informe, al referirnos a estos asuntos, dijimos lo siguiente:

"En relación con la necesidad de consultar al comienzo de la actividad, conviene analizar la diferente situación de las actividades de riesgo respecto a las de efectos nocivos: en las primeras, se crea un riesgo de daño transfronterizo, en las segundas se causa directamente un daño; son actividades que por definición lo producen en el curso normal de su operación. Existe un considerable cuerpo de doctrina y de práctica internacionales en el sentido de que el daño transfronterizo que estas actividades causan, cuando es significativo, está en principio prohibido en el derecho internacional general."¹⁹

48. Parece claro que nos estamos refiriendo, con la expresión "estas actividades", a aquellas de efectos nocivos y no a las de riesgo. Eso surge del texto transcrito y de todo el contenido del párrafo 18 del octavo informe, así como de los párrafos 19 y 20, cuya lectura cuidadosa recomendamos a aquellos miembros que expresaron la duda arriba comentada. Al examinar el análisis hecho por los expertos jurídicos de la Comisión Brundtland, dijimos que el artículo 10 del texto que produjeron prohíbe en principio toda interferencia transfronteriza que cause un daño considerable ("esto es, un daño que no sea menor o insignificante"). Pero luego, en el párrafo 20, se dice:

"Para las actividades de riesgo, en el artículo siguiente, el artículo 11, se consagra la primera excepción, a través de un concepto de equilibrio de intereses:

1. Si una o más actividades originan un riesgo considerable de que produzca un daño sustancial como consecuencia de una interferencia ambiental transfronteriza y si el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo excede holgadamente a largo plazo las ventajas que suponga dicha prevención o reducción, el Estado que realice o permita las actividades asegurará el pago de una indemnización en el caso en

¹⁹ A/CN.4/443, párr. 18. El énfasis es nuestro.

que se produzca un daño sustancial en una zona situada fuera de los límites de la jurisdicción nacional."²⁰

49. Decíamos también, en el párrafo 21, que "si los intereses contrapuestos ocurren en las proporciones indicadas" - esto es, la balanza donde se equilibran los intereses se inclina en favor de la actividad - "hay aquí un principio de derecho que autoriza, ya sea la continuación, ya el emprendimiento, de la actividad en cuestión ..."²¹. La posición que se expresó en el debate no correspondería, entonces, a la intención del Relator Especial, quien fue muy explícito al respecto, como ha podido verse.

50. Si bien tenemos dudas en cuanto a algunos aspectos del razonamiento que en este punto despliegan los juristas de la Comisión Brundtland, las líneas generales de ese razonamiento en el sentido de que las actividades de riesgo son, en ciertas condiciones, lícitas no es una creación ex nihilo sino que hacen pie en la práctica internacional. Decimos en aquel mismo informe, párrafo 22, que:

"Hay actividades peligrosas que se han venido desarrollando y que han causado, o amenazaron causar, daños graves a terceros Estados. Luego de un tiempo, los Estados han buscado regímenes jurídicos para ellas que consagran el principio del equilibrio de intereses, y lo hacen generalmente trasladando la responsabilidad a los operadores particulares: tal cosa ha sucedido en la actividad nuclear, con varias convenciones, en el transporte de petróleo por mar, en la aviación, en la contaminación transfronteriza accidental y no accidental de aguas interiores, etc."

El mismo párrafo sigue dando ejemplos de lo contrario, o sea cuando por virtud de los intolerables riesgos o daños creados por ciertas actividades, éstas terminaron siendo prohibidas, como los ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y en el agua, el uso de técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, el emplazamiento de armas nucleares y de otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y en se subsuelo, etc.²². Son de interés para este punto los ejemplos de la práctica internacional citados en la nota 21 del mencionado informe, ya que en vista de esa práctica es claro que una actividad de riesgo es en principio lícita, con la condición de que el Estado de origen asegure por lo menos el pago de las eventuales indemnizaciones, que como se ha visto en la exposición de los mismos juristas de la Comisión Brundtland, puede ser encauzada hacia la responsabilidad civil del responsable de la conducción de la actividad, normalmente el operador.

²⁰ Ibíd., párr. 20. La citación es de Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations. Aprobado por el Grupo de Expertos sobre Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Londres, Dordrecht, Boston: Graham y Trotman, Martinus Nijhoff, 1987, pág. 80.

²¹ Ibíd., párr. 21.

²² Ibíd.

51. La consulta debería realizarse, en vista de lo anterior, a pedido del Estado o de los Estados presuntamente afectados o eventualmente del propio Estado de origen, pero no automáticamente. Su finalidad será, entonces, responder a las preguntas que el Estado tuvo in mente cuando la pidió, probablemente la aclaración de algunos puntos oscuros o la ampliación de explicaciones respecto a la prevención o la información sobre ciertas condiciones en el territorio o medio ambiente del Estado afectado, etc. Este último podría proponerle un régimen más completo, ya sea de prevención, de contención del daño (planes de contingencia, por ejemplo, u otras formas de cooperación) o de responsabilidad o acaso medidas o pasos que equilibren mejor, a su criterio, los intereses en juego, teniendo en cuenta, entre otros, los criterios que se fijan en el antiguo artículo 9 del anexo. Eventualmente se podría llegar a un régimen convencional mutuamente aceptable que rigiera todo lo relativo a la actividad en cuestión.

52. Para responder a una opinión emitida en el último debate, creemos que con lo anterior queda claro que la soberanía del Estado de origen no queda afectada por la obligación de consulta, ya que es un deber que le compete por autorizar o emprender una actividad que puede causar daños transfronterizos. También que no se requiere la aprobación del Estado afectado para iniciar la actividad de que se trata. Por ende no hay ninguna posibilidad de un veto para el Estado, o los Estados afectados. Aquella misma opinión reclamó que se evaluara, por medios técnicos la capacidad de daño transfronterizo de la actividad. El Relator Especial confiesa que no advierte por qué otros medios se podría evaluar tal capacidad²³.

c) Texto propuesto por el Relator Especial en reemplazo del artículo 6 del anexo

53. El Relator Especial propone el siguiente artículo en reemplazo del artículo 6 el anexo:

"Artículo 18

La consulta previa

Los Estados interesados se consultarán, a pedido de cualquiera de ellos y sin demora, con vistas a encontrar soluciones mutuamente aceptables en relación con las medidas preventivas propuestas por el Estado de origen, la cooperación entre los Estados interesados para la prevención de daños, y

²³ Recordemos, sin embargo, la vigencia del llamado "principio precautorio" establecido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo:

"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."

cualquier otro aspecto de interés respecto a la actividad en cuestión, entendiéndose que, en todo caso, la responsabilidad por los daños transfronterizos que pudiera producir estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes de este mismo instrumento."

5. Artículo titulado "Iniciativa de los Estados afectados"

a) Texto

54. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el texto que se reproduce a continuación, el cual sigue de cerca el artículo 7 del anexo:

"Si un Estado tuviere razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le causa un daño significativo o crea un riesgo significativo de causárselo, podrá pedirle que cumpla con lo dispuesto en el artículo 15. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser del artículo 1, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio."

b) Comentario

55. Este caso se diferencia del anterior en que el Estado presuntamente afectado, por cualquier razón, no fue objeto de la notificación del artículo 2. Puede haberse debido a que el Estado de origen no apercibió la calidad peligrosa de la actividad, que fue advertida en cambio por el otro Estado, ya sea porque algunos efectos se hicieron sentir a través de la frontera, ya porque el Estado afectado poseía una capacidad tecnológica superior a la del de origen que le permitió inferir consecuencias que el otro no advirtió, o por lo que fuere. En este caso, es natural que el Estado presuntamente afectado dé los fundamentos técnicos que le hacen pensar que, en efecto, una cierta actividad desarrollada en el Estado de origen le está causando daños significativos o puede causárselos.

56. La última frase del artículo referente a la devolución del costo de la evaluación del impacto transfronterizo si la actividad resultó ser del artículo 1 fue objetada por algunos miembros de la Comisión. Tiene, sin embargo, un fundamento racional: el estudio hecho para permitir una evaluación técnica adecuada de la peligrosidad de la actividad en cuestión no es, precisamente, gratuito. Si bien el Estado de origen puede no haber estado en falta al considerar que una actividad determinada no alcanza los niveles del riesgo significativo, una vez que el estudio demuestra que la actividad era en efecto una actividad peligrosa, queda demostrado también que el Estado afectado ha realizado un trabajo y ha corrido con costos que correspondían al de origen, y no vemos la razón por la cual deban quedar a cargo del afectado. Sólo podríamos admitirlo si el Estado de origen fuese un país en desarrollo y el otro uno desarrollado, dentro de la idea de conceder algunas facilidades a los países en desarrollo, pero no en el caso inverso o en el de que ambos fueren de la misma condición. De todos modos, no puede hacerse de esto una cuestión de principios ni merece su importancia material que perdamos tiempo en su consideración, por lo que huelga decir que el Relator Especial está dispuesto a suprimir la última frase si la Comisión lo estimare conveniente.

c) Texto propuesto por el Relator Especial en reemplazo del artículo 7 del anexo

57. El Relator Especial propone el siguiente artículo en reemplazo del artículo 7 del anexo:

"Artículo 19

Derecho del Estado presuntamente afectado

Aun cuando no hubiere mediado notificación respecto a una actividad desarrollada bajo la jurisdicción o control de un Estado, cualquier otro Estado que tuviere razones para creer que esa actividad le está causando o ha creado un riesgo significativo de causarle un daño sustancial, podrá pedir la consulta del artículo anterior. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que fundare su opinión. Si la actividad resultara ser del artículo 1, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio."

6. Artículo titulado "Solución de controversias"

a) Texto

58. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente que es idéntico al artículo 8 del anexo:

"Si las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos 3 y 5 anteriores no arrojaran un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a los procedimientos de solución de controversias del anexo ..."

b) Comentario

59. Este proyecto de artículo fue objeto de algunas observaciones. Un buen número de miembros lo consideraron útil y hasta necesario, con algunas modificaciones: la invocación de los artículos que pudieren dar lugar a esa solución, un desarrollo más explícito del artículo - independientemente de su remisión a otros más desarrollados en el anexo - la necesidad de dar al procedimiento un carácter rápido y expeditivo. Hubo una opinión decididamente en contra, porque si las consultas resultaren en un desacuerdo no veía la necesidad de un procedimiento que lo resolviera. Preveía también abusos de los Estados afectados y ubicaba esta parte de nuestro proyecto exclusivamente en el campo de la cooperación internacional. Por último, hubo quienes propiciaron un procedimiento de carácter facultativo.

60. El Relator Especial continúa creyendo que un procedimiento expeditivo para resolver cualquier impase en el momento de la consulta sería muy conveniente, aunque quizá fuera mejor intentar su redacción al final del desarrollo del tema, para tener en cuenta no solamente las controversias surgidas con ocasión de la consulta, que parecen merecer una consideración separada, sino todas las que pudieren surgir en cuanto a la interpretación y aplicación de los artículos del proyecto. En el caso de un procedimiento para resolver los problemas que

plantean estos primeros artículos, habría que pensar en un medio que se adapte específicamente a las dificultades que puedan presentarse en la consulta. Tenemos in mente las capitales diferencias de interpretación que podrían surgir respecto a la naturaleza de la actividad en cuestión, por ejemplo, en que una de las partes le negara el carácter de actividad de riesgo para asignarle el de simplemente tener efectos nocivos, en cuyo caso si eventual licitud resultaría dudosa y la resolución de esa diferencia se haría de primera importancia para el destino final de la actividad o por el contrario que no ofrece realmente riesgo de impacto transfronterizo significativo, o respecto a la evaluación que se haga por las partes de los reales efectos de alguna de las sustancias con que ella opera, etc. En las cuestiones imaginadas parecen prevalecer estimaciones de expertos, por lo cual acaso una buena solución sería la de un procedimiento de encuestas (inquiry commission) como el que incorpora en el apéndice IV la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo y en su anexo II la Convención sobre accidentes industriales. En ambos instrumentos, el procedimiento indicado tiene el carácter de un asesoramiento a las partes pero al mismo tiempo un carácter automático, ya que el artículo 3, párrafo 7 de la primera establece que "si las Partes no pueden acordar si existe posibilidad de un significativo impacto transfronterizo adverso cualquiera de ellas puede someter este asunto a una comisión de encuestas, de acuerdo con las provisiones del apéndice IV, que opine sobre la probabilidad de un significativo impacto transfronterizo adverso, a menos que acuerden otra manera de resolver el asunto" (el énfasis es nuestro). Y el apéndice de marras establece un procedimiento que se desarrolla hasta el fin y en el que ambas partes están en condiciones de nombrar el experto que las represente, pero que puede iniciarse y continuar aun si una de ellas no presta la menor colaboración.

61. Los artículos 4 y 5 de la relativa a accidentes industriales sigue parecidas líneas al establecer que los Estados miembros tratarán en primer lugar de identificar las actividades industriales que se consideran peligrosas en la Convención y que tienen lugar bajo su jurisdicción, para lo cual consultarán con los Estados presuntamente afectados en forma parecida a como sucede con nuestros propios artículos. La identificación de una actividad industrial como sujeta a la Convención dependerá de que maneje o no ciertas sustancias peligrosas enumeradas en una lista y según ciertas concentraciones, proporciones y criterios anexos a las mismas listas. Si respecto a una determinada actividad las partes no están de acuerdo en identificarla como sujeta a las disposiciones de la Convención, y no han acordado otro método de solución de controversias, queda abierto a cualquiera de ellas la instancia de una comisión de encuestas (inquiry commission) para que los asesore, cuyo procedimiento tiene exactamente las mismas características que el que comentamos en el párrafo anterior.

62. Es claro que este tipo de procedimiento tiene virtudes que lo recomiendan para su adopción por otros proyectos, aun aquellos que aspiran a tener un alcance universal. En primer término, es una piedra de toque para la buena fe que anime a los Estados con diferencias respecto a la naturaleza de una actividad. Aunque sea una mera opinión técnica, la de una comisión como la que se establece en las convenciones que comentamos, tiene la ventaja de emanar de un cuerpo imparcial y serviría como un elemento de autoridad científica o tecnológica sobre las materias que se someten a la Comisión. Una solución de este tipo parece prestarse particularmente bien para asuntos como los que están dentro del alcance de nuestros artículos.

c) Elementos para la propuesta de un futuro texto en reemplazo del artículo 8 del anexo

63. El Relator Especial estaría muy agradecido si sus colegas hicieran patentes en el debate las opiniones que estas posibilidades les merecen, aun cuando no se incluya un texto que concretamente establezca el procedimiento propuesto, para estar en mejores condiciones de proponerlo en su oportunidad.

7. Artículo titulado "Factores del equilibrio de intereses"

a) Texto

64. Como base para la formulación de este artículo, el Relator Especial ha tomado el siguiente que es idéntico al artículo 9 del anexo:

"En las consultas anteriores y para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con la actividad de que se trate, éstos podrán tener en cuenta los siguientes factores:

a) El grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;

b) La existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;

c) La posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de otras actividades alternativas;

d) La importancia de la actividad para el Estado de origen, teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;

e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;

f) Las posibilidades físicas y tecnológicas en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;

g) Los estándares de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado y los que se aplican en la práctica regional o internacional;

h) Los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;

i) El grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;

j) La disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;

k) El grado en que los intereses de los Estados de origen y de los afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;

l) El grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;

m) La aplicabilidad de principios y normas aplicables del derecho internacional."

b) Comentario

65. Cabe decir respecto al contenido de esta disposición que no suscitó oposición mayor, pero que sí hubo discrepancias en cuanto a la naturaleza de que debía tener. El Relator Especial creyó detectar que la mayor parte de los juicios positivos provinieron de los miembros con educación jurídica basada en el "common law" anglosajón, mientras que algunos de los formados en el derecho civil continental aconsejaron ubicarlo en un anexo no obligatorio o en el comentario o bien suprimirlo lisa y llanamente. El Relator Especial, en su sexto informe, debió "confesar cierta falta de entusiasmo por la inclusión de este tipo de conceptos en un cuerpo normativo, porque son apenas recomendaciones o guías de conducta y no verdaderas normas jurídicas y por que los factores intervinientes en una negociación de este tipo son demasiado variados para admitir un corsé conceptual"²⁴. Confesión que, vista retrospectivamente, denunciaba, según parece ahora, su propia formación jurídica en el derecho civil. No obstante ello, declaraba en el mismo párrafo que podía incluirse en el proyecto la norma en cuestión:

"Sin embargo, no es insólito hacerlo, y su incorporación en nuestros artículos, además de dar cierto contenido a la noción de 'equilibrio de intereses' que está detrás - por así decirlo - de varios de nuestros textos, y de servir de orientación a los Estados interesados, tendría un cierto valor jurídico para apreciar la buena fe con que aquellos Estados han actuado en la negociación: acaso no sea indiferente en este sentido establecer si el Estado de origen tenía la posibilidad de desarrollar una actividad equivalente en forma menos peligrosa, aunque ligeramente más cara, o la medida en que el Estado afectado protege a sus propios nacionales del impacto de la misma o similar actividad. El párrafo general del artículo es permisivo: las partes podrán tener en cuenta los factores enunciados, puesto que ello entra en la autonomía de la voluntad que sólo puede ceder ante normas imperativas del derecho internacional. Por lo demás, la variedad de circunstancias en cada caso particular es tan grande que no podría exigirse que los factores del artículo se tengan necesariamente en cuenta por los Estados interesados, puesto que quizá otro no enumerado tenga mayor relevancia en la especie. En cuanto a la enumeración misma, los diferentes incisos se explican por sí mismos, sin necesidad de mayores comentarios."²⁴

²⁴ A/CN.4/428, párr. 39.

66. El Relator Especial desarrolla en una nota su dicho en el sentido de que "no es insólito hacerlo", o sea que no es insólito incluir normas semejantes en instrumentos convencionales. Transcribimos la nota: "Véase el proyecto de los cursos de agua; el artículo 7 hace una enumeración de los factores que configuran un uso 'equitativo y razonable' de las aguas de un curso de agua internacional". En su comentario al artículo 7 del proyecto sobre cursos de agua, la Comisión - y no ya el Relator Especial, Profesor McCaffrey - dice:

"El artículo 7 tiene por objeto establecer cómo los Estados tienen que aplicar la norma de la utilización equitativa y razonable enunciada en el artículo 6. Dicha norma es necesariamente general y flexible y requiere, para su debida aplicación, que los Estados tengan en cuenta factores concretos relativos al curso de agua internacional de que se trate, así como las necesidades y usos de los Estados del curso de agua interesados. Así pues, lo que hay que entender por utilización equitativa y razonable en cada caso dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes. Este proceso de evaluación tiene que ser realizado, en primer lugar por lo menos, por cada Estado del curso de agua, a fin de velar por la observancia de la regla de la utilización equitativa y razonable establecida en el artículo 6."²⁵

67. Digamos, de paso, que entre el artículo 7 que estamos comentando y el nuestro hay una gran similitud: ambos intentan darle estructura a un concepto de equidad que sin ese intermedio sería demasiado general y hasta amorfo para ser aplicado a un proyecto específico. También en lo que toca a nuestros artículos, sólo puede apreciarse en cada caso particular ese balanceo de los intereses que tenga en cuenta factores concretos relativos a la actividad en cuestión y a las necesidades y usos de los Estados interesados. También es necesario que cada Estado de origen realice una primera evaluación de los intereses en juego, para planificar la propia acción futura que la tenga en cuenta.

68. El "equilibrio de intereses" responde a un criterio básico de equidad y consiste - en términos gruesos - en que el Estado de origen, que ha introducido un cierto riesgo al emprender o autorizar una actividad peligrosa, debe equilibrar la balanza con algunas prestaciones de su parte, de lo contrario estaría obteniendo una ventaja inequitativa, particularmente cuando el daño se produce efectivamente (enriquecimiento sin causa, externalización de costos, expropiación, o como quiera designársela). En el sexto informe se intenta una aproximación al concepto a través de la cita de dos pasajes de fallos internacionales, uno del Tribunal Arbitral en el asunto del lago Lanoux y otro de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del Río Oder. Dice el primero:

"El Tribunal considera que el Estado del curso superior tiene, según las reglas de la buena fe, la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que a

²⁵ Anuario ... 1987, vol. II (Segunda parte), pág. 27, documento A/42/10, párr. 1) del comentario al artículo 7.

ese respecto hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios."²⁶

El segundo:

"Una comunidad de intereses basada en un curso de agua navegable se convierte en la base de una comunidad de derecho, cuyas características esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en la utilización de todo el curso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquiera de los Estados ribereños respecto de los otros."²⁷

69. Decimos que el equilibrio de intereses "está detrás" de varios de nuestros textos. Releyendo esta frase, nos parece ahora considerablemente anémica para describir el papel que este concepto tiene en el proyecto. Realmente, está en su base misma, le da su sentido y hasta puede servir como un importante principio orientador de la reparación. Por ejemplo, justifica que en algunos casos de responsabilidad por riesgo pueda no haber una indemnización plena, o in integrum restitutio que es la regla de la reparación en la responsabilidad por hecho ilícito. Esa función de la restitutio podría llenarse en ciertos casos por la prestación necesaria para equilibrar la balanza de los intereses. Pero sobre todo, el concepto que comentamos sirve para justificar la licitud de una actividad que, al crear un riesgo de daño transfronterizo, crearía también un riesgo de ilicitud si no mediara la posibilidad de restablecer respecto a esa actividad la equidad entre las partes: el equilibrio de sus intereses. La fórmula misma de los juristas de la Comisión Brundtland que citamos antes, y que da en opinión de aquellos su carácter de licitud a una actividad de riesgo, parece ser la expresión - acaso solamente parcial - de un equilibrio de intereses entre las partes con respecto a una actividad específica. (Recordar: "... si el costo técnico y socioeconómico total o la pérdida total de beneficios derivada de la prevención o reducción de ese riesgo excede holgadamente a largo plazo las ventajas que suponga dicha prevención o reducción ... ".) De paso, compartamos o no la formulación exacta de este concepto por los juristas de la Comisión Brundtland, lo cierto es que su razonamiento parece reflejar, en líneas muy generales, la práctica internacional: una actividad de riesgo se permite normalmente cuando su utilidad para el Estado de origen - y mucho más si es también útil para la sociedad - es superior a los daños que causa. Pero el Estado de origen debe equilibrar la balanza reduciendo al mínimo el riesgo que crea y pagando o haciendo pagar por los responsables los costos de la prevención e indemnizando o haciendo indemnizar de la misma manera los daños causados.

70. Pues bien, si los anteriores razonamientos son válidos, conviene dar ciertas pautas a los Estados de cuáles son los factores entre otros que suelen intervenir en el proceso de equilibrar los intereses de las partes, entendiéndose que tales factores son unos entre los muchos otros que pudieren

²⁶ Anuario ... 1974, vol. II (Segunda parte), pág. 210, documento A/5409, párr. 22.

²⁷ Asunto relativo a la jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del Oder, C.P.J.I., serie A, No. 23 (1929), pág. 27; citado en el sexto informe (A/CN.4/428), nota 42.

tener relevancia y que sirven sólo para la orientación de los Estados en sus relaciones en este campo.

c) Propuesta del Relator Especial en relación con el artículo 9 del anexo

71. Personalmente, el Relator Especial no tiene preferencia marcada sobre la mejor ubicación de este artículo. Prefiere no suprimirlo, por lo dicho, y aceptaría que permaneciera en el texto principal como artículo 20, dado el precedente que esta misma Comisión sentó en el caso del artículo 7 del proyecto de los cursos de agua.

8. El principio de no transferencia de riesgos o daños

a) Observaciones generales

72. Algunos instrumentos, entre ellos el Código de Conducta que venimos examinando, contienen una disposición que podría llamarse de no transferencia de riesgos o daños, que se refiere a la prevención muy principalmente, pero que puede aplicarse también a todas las medidas de respuesta a un impacto transfronterizo, como la limpieza y restauración del medio ambiente. Podría ubicarse una norma de este tipo entre los principios, acaso como agregado al artículo 8 de nuestro proyecto, o bien en el presente capítulo como una mera guía de las acciones preventivas. Sobre su ubicación nos gustaría escuchar la opinión de nuestros colegas. En el Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas se expresa así:

"En la adopción de medidas para controlar y regular las actividades y las sustancias peligrosas, o para prevenir y controlar la contaminación accidental, o para mitigar el daño emergente de la contaminación accidental, los países deberían hacer cuanto puedan para no transferir, directa o indirectamente, daños o riesgos entre diferentes medios ambientales o transformar un tipo de contaminación en otro."²⁸

73. El artículo 195 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece:

"Al tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro."

Hay una diferencia: "de un área a otra" se dice en este artículo, mientras que en el instrumento citado más arriba se utiliza la expresión "entre diferentes

²⁸ Op. cit. (véase nota 9 supra). En inglés, reza así:

"In taking measures to control and regulate hazardous activities and substances, to prevent and control accidental pollution, to mitigate damage arising from accidental pollution, countries should do everything so as not to transfer, directly or indirectly, damage or risks between different environmental media or transform one type of pollution into another."

medios ambientales". El artículo 195 fue tomado del principio 13 de los Principios para evaluación y control de la contaminación marina, endosados por la Conferencia de Estocolmo: "Las acciones para prevenir y controlar la contaminación marina (particularmente las prohibiciones directas y los límites de vertimientos específicos) deben cuidarse de simplemente transferir daños o riesgos de una parte del medio ambiente a otra"²⁹. Otro antecedente del mayor interés es la reciente Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que parece otorgar a este principio un contenido bastante más restringido en su principio 14:

"Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana."

A nuestro modo de ver, este texto estaría contenido dentro del otro, más general que proponemos, pero acaso una referencia en el comentario sería útil para mejor determinar las diversas direcciones a que apunta el principio comentado.

b) Texto propuesto por el Relator Especial sobre la no transferencia de riesgos o daños

74. Proponemos para la consideración de la Comisión un artículo 20 bis, que dejamos entre corchetes a la espera del pronunciamiento pedido respecto a su definitiva ubicación.

["Artículo 20 bis

No transferencia de riesgos ni de daños

En la adopción de medidas para prevenir, controlar o reducir los efectos transfronterizos de actividades peligrosas, los Estados deberán velar por que no se transfieran riesgos o daños de un lugar o medio ambiente a otro, ni que se sustituya un riesgo por otro."]

9. El principio "contaminador-pagador"

75. También contienen, tanto el Código de Conducta como la Convención sobre accidentes industriales, el principio "contaminador-pagador". Este principio ha sido materia de reflexión por el Relator Especial, quien cree que debiera ser considerado por la comisión para ser incluido en nuestros artículos, ya que

²⁹ Véase "Law of the Sea Commentary Project", part XII, articles 192-237, p. 195 (draft of July 1989). Center for Oceans Law and Policy, University of Virginia School of Law:

"Action to prevent and control marine pollution (particularly direct prohibitions and specific release limits) must guard against the effect of simply transferring damage or hazard from one part of the environment to another."

representa un papel muy considerable tanto en la prevención como en la responsabilidad civil. Pero si se tiene en cuenta que las formulaciones más recientes de dicho principio no lo limitan a las acciones de prevención (esto es, que sean sólo los costos de la prevención los que incumban al operador) sino que lo relacionan también con la reparación, acaso su mejor lugar sea entre los principios - no en este capítulo sobre la prevención - y el mejor momento para proponerlo el año que viene, para que el Comité de Redacción lo examine oportunamente junto con los otros principios que tiene bajo su consideración.

II. CONCLUSION

76. Los capítulos de prevención de convenciones sobre temas o actividades específicas, como son las que hemos considerado especialmente en el presente informe, generalmente contienen disposiciones considerablemente elaboradas sobre algunos aspectos que aquí no se tocan, como la preparación para emergencias, los planes de contingencia, el pronto aviso de accidentes, etc. El Relator Especial ha intentado interpretar el sentir de la Comisión en el sentido de que artículos como los que estamos preparando, que aspiran a ser sólo un marco y con un alcance global, deben ser sintéticos y no descender de un plano de cierta generalidad. Es por eso que consideramos que con los artículos propuestos podría cerrarse el capítulo sobre la prevención.
