



# Asamblea General

Distr. general  
3 de abril de 1998  
Español  
Original: inglés

## Comisión de Derecho Internacional

50º período de sesiones

Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998

Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998

## Primer informe sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas

Presentado por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial

### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Segunda parte. El concepto de prevención: principios de forma y fondo .....	1-110	2
I. Los principios de forma .....	2-60	2
A. El principio de la autorización previa .....	2-5	2
B. El principio de la evaluación internacional del impacto ambiental .....	6-21	4
C. Los principios de la cooperación, el intercambio de información, la notificación, la consulta y las negociaciones de buena fe .....	22-38	9
D. Principio de la prevención y solución de controversias .....	39-53	13
E. El principio de no discriminación .....	54-60	18
II. Principios de fondo .....	61-110	20
A. El principio de precaución .....	61-72	20
B. El principio de “quien contamina paga” .....	73-86	23
C. Principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública .....	87-110	27
1. La equidad intrageneracional .....	88-92	27
2. La equidad intergeneracional .....	93-98	29
3. Creación de capacidad .....	99-102	32
4. Buena gestión pública .....	103-110	34
Tercera parte. Conclusiones .....	111-120	37

## Segunda parte

### El concepto de prevención: principios de forma y fondo

1. Habida cuenta de la naturaleza de la prevención y de la delimitación de su ámbito según la primera parte, el régimen de la prevención del daño transfronterizo sensible causado por actividades peligrosas podría estructurarse en torno a varios principios de forma y fondo. Los principios de forma podrían ser los de: a) autorización previa; b) evaluación del impacto ambiental; c) notificación, consulta y negociación; d) prevención y arreglo de controversias, y e) no discriminación. Los principios de fondo podrían ser los de: a) precaución; b) quien contamina paga, y c) equidad, fomento de la capacidad y buen gobierno.

#### I. Los principios de forma

##### A. El principio de la autorización previa

2. La obligación de no causar un daño transfronterizo sensible y de prevenirlo incluye el requisito de que no se realicen en el territorio de un Estado actividades que entrañen un riesgo de causar ese daño sin su autorización previa. Este requisito es, por consiguiente, un elemento importante del principio de prevención<sup>1</sup>.

3. El Sr. Barboza introdujo este requisito al presentar en su sexto informe el artículo 16, relativo a las medidas unilaterales de prevención, y lo mismo hizo en informes posteriores, hasta que, a partir del noveno, incluyó el principio de la autorización previa en un artículo separado a fin de destacar su importancia. Así, el texto del artículo 11 aprobado provisionalmente por la Comisión en 1994 era el siguiente:

“Los Estados velarán por que las actividades a que se refiere el artículo 1 no se realicen en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, sin su autorización previa. Dicha autorización también será necesaria en el caso de que se

---

<sup>1</sup> El requisito de la autorización previa es distinto del consentimiento fundamentado previo, que surgió en el ámbito de la exportación de desechos, productos químicos u otras sustancias peligrosas de un país a otro. Según este último principio, el Estado importador debe dar su consentimiento para que las sustancias peligrosas se exporten del país de origen. Los órganos competentes deben solicitar y recibir este consentimiento proporcionando al Estado importador cabal información sobre esas sustancias a fin de proteger las condiciones sanitarias y el medio ambiente de éste. En el caso de la exportación de sustancias peligrosas, el principio exige además que el país de origen se cerciore en lo posible, antes de la exportación, de que el país importador dispone de la capacidad y los medios necesarios para manejar la sustancia peligrosa que se pretende exportar. El requisito del consentimiento fundamentado previo figura en instrumentos no vinculantes elaborados en el ámbito del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y se incorporó en instrumentos jurídicamente vinculantes que regulan el tráfico internacional de desechos peligrosos, como son el Convenio de Basilea de 1989, la Convención de Bamako de 1991 y los reglamentos de la Comunidad Europea de 1993. Para ésta y otras cuestiones, véase G. Handl y R. E. Lutz, *Transferring Hazardous Technologies and Substances: International Legal Challenge* (Graham y Trotman/Martinus Nijhoff, 1989) y P. Sands, *Principles of International Environmental Law: Frameworks, Standards and Implementation* (Manchester University Press, 1995) págs. 464 a 467.

proyecte efectuar un cambio importante que pueda transformar la actividad en una de las actividades a que se refiere el artículo 1.”<sup>2</sup>

4. En 1996, el Grupo de Trabajo aprobó ese mismo texto como artículo 9. El requisito de la autorización previa supone que ésta se supedita al cumplimiento de condiciones que sirvan para la oportuna evaluación y contención de un riesgo determinado. Corresponde a cada Estado establecer libremente los medios de cerciorarse de que se cumplan esas condiciones antes de conceder la autorización. El requisito de la autorización previa obliga además a los Estados a establecer dispositivos de vigilancia adecuados para que las actividades peligrosas se realicen con las limitaciones y condiciones fijadas en el momento de la autorización. Con este fin, los Estados deben adoptar las disposiciones legislativas y administrativas necesarias y esas disposiciones podrían indicar las actividades para las cuales se necesitaría la autorización previa del Estado<sup>3</sup>.

5. El requisito de la autorización previa y el requisito consiguiente de la evaluación de los efectos sobre el medio ambiente se aplicarían igualmente a toda modificación importante que se proyectara introducir en la actividad propuesta después de concedida la autorización y que pudiera convertirla en una de las que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Así se ha establecido concretamente en el apartado v) del artículo 1 de la Convención de 1991 sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo. Sin embargo, en la Convención no se define el concepto de “cambio importante”, por lo que la decisión sobre la aplicabilidad de este instrumento será en parte subjetiva. El criterio básico podría ser que la actividad sujeta a un cambio importante figure en el anexo I de la Convención y que para ese cambio se requiera el permiso de la autoridad competente<sup>4</sup>. Como ejemplos de cambios importantes pueden citarse los siguientes: aumento de la capacidad de producción, uso generalizado de nuevas tecnologías en una actividad existente o modificación del trazado de autopistas, autovías o pistas de aeropuertos, cambiando el sentido del despegue y el aterrizaje. También deberían tenerse en cuenta los cambios que afectasen a las inversiones y la producción (volumen y tipo), a la estructura física

<sup>2</sup> *Anuario ... 1994*, vol. II (Segunda parte), pág. 168.

<sup>3</sup> Véase *ibíd.*, págs. 175 y 176, el comentario al artículo 11, relativo al requisito de la autorización previa. El Grupo de Trabajo propuso en su comentario que se considerara establecida la presunción de que las actividades comprendidas en el proyecto de artículos se realizaban en el territorio, o de alguna otra manera bajo la jurisdicción o el control de un Estado, con el conocimiento de éste (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, pág. 314, párr. 3) del comentario del artículo 9. En su sexto informe, el Sr. Barboza propuso un artículo sobre la asignación de obligaciones (artículo 3), según el cual el Estado de origen tenía la obligación de reparar siempre que hubiera conocido o hubiera tenido los medios de conocer que una actividad de las comprendidas en el ámbito del proyecto se estaba desarrollando o estaba a punto de desarrollarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Ese artículo añadía que, salvo prueba en contrario, se presumiría que el Estado de origen tenía el conocimiento o los medios de conocer la circunstancia mencionada (*Anuario ... 1990*, vol. II (Primera parte), pág. 113, y documento A/CN.4/428 y Add.1). Algunos miembros de la Comisión habían criticado que la noción de responsabilidad del Estado quedara subordinada al conocimiento o a los medios de procurarlo. Se indicó que la responsabilidad debía ser proporcional al control efectivo del Estado u otras entidades que actúan bajo su control o jurisdicción y, lo que era más importante, a los medios de que dispusieran para prevenir, reducir al máximo o reparar el daño. En virtud de esas consideraciones y, en particular, de la situación de los países en desarrollo que tienen extensos territorios y unos recursos financieros y administrativos insuficientes para vigilar las actividades que en ellos se realizan, el Relator Especial introdujo en el artículo 3 la “presunción” a que se ha hecho referencia. Ésta sólo opera en el marco de un régimen de responsabilidad e incluso en él su aplicabilidad es discutible.

<sup>4</sup> Véase *Current Policies, Strategies and Aspects of Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.96.II.E.11), pág. 48.

o a las emisiones, así como los casos en que ese cambio importante suponga un aumento de igual magnitud que el umbral indicado en el anexo I de la Convención o que el umbral que se proponga. También convendría examinar especialmente los casos en que, de resultas de los cambios propuestos, las actividades existentes quedasen en esos umbrales<sup>5</sup>.

## **B. El principio de la evaluación internacional del impacto ambiental**

6. La obligación de prevenir los daños transfronterizos sensibles conlleva la de determinar si cierta actividad puede realmente causar esos daños. A fin de evaluar los posibles daños, se ha generalizado la práctica de requerir una evaluación del impacto ambiental<sup>6</sup>.

7. La obligación legal de evaluar el impacto ambiental se estableció por vez primera en el derecho estadounidense, en el decenio de 1970. Posteriormente, esa obligación se estableció en el Canadá y en Europa, fundamentalmente por medio de directrices. En 1985 se aprobó una directiva de la Comunidad Europea que exigía a los Estados miembros que observaran unas reglas mínimas de evaluación del impacto ambiental. Desde entonces, muchos otros países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos esa obligación como requisito previo para autorizar actividades industriales de desarrollo o peligrosas<sup>7</sup>.

8. Conviene que la evaluación de las consecuencias ambientales de las propuestas se realice en la primera fase adecuada del proceso de adopción de decisiones y reciba idéntica atención que las cuestiones económicas y sociales. Esto debería aplicarse no sólo a los proyectos privados sino también a los públicos, de manera que las decisiones de la administración pública en todos sus niveles tengan en cuenta los principios de la sostenibilidad ecológica, salvo que pueda razonablemente excluirse toda posibilidad de que se produzca un daño ambiental sensible. Las normas de evaluación ambiental aplicables a las normas, los planes y los programas deberían reflejar en lo posible los principios de la evaluación del impacto ambiental que se apliquen a los proyectos. No obstante, la evaluación ambiental de una norma, un plan o un programa no debería reemplazar a la evaluación del impacto ambiental de los proyectos.

9. Los principios de la evaluación ambiental suelen establecerse en una ley principal. También pueden establecerse subordinadamente, por reglamentos o por instrucciones administrativas. Al parecer muchos de los países en desarrollo coinciden en que “es mejor establecer los programas de evaluación del impacto ambiental por ley”<sup>8</sup>. Cuando la evaluación ambiental se regula en un reglamento, la infracción de éste equivale a la infracción de una

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pág. vii. Según un estudio realizado por las Naciones Unidas, la evaluación del impacto ambiental ha demostrado su utilidad para fomentar el desarrollo sostenible, pues combina el principio de precaución con el principio de prevención de los daños ambientales y permite además la participación pública.

<sup>7</sup> Véase en *Application of Environmental Impact Assessment Principles to Policies, Plans and Programmes* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.92.II.E.28), págs. 42 y 43, un estudio de las medidas jurídicas y administrativas adoptadas por diversos países de Europa y América del Norte para la aplicación de la evaluación del impacto ambiental a directrices, planes y programas. Actualmente unos 70 países en desarrollo tienen algún tipo de legislación sobre esa evaluación. Otros países están elaborando o proyectan elaborar leyes nuevas o complementarias en la materia. Véase M. Yeater y L. Kurukulasuriya, “Environmental Impact Assessment Legislation in Developing Countries”, en Sun Lin y L. Kurukulasuriya (eds.), *UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development* (UNEP, 1995), pág. 259. Véase *ibíd.*, pág. 260, el modelo de informe de evaluación adoptado en la mayoría de los ordenamientos.

<sup>8</sup> Véase M. Yeater y Kurukulasuriya, *ibíd.*, pág. 259.

ley. En cambio, cuando se regula por instrucciones administrativas sólo es exigible su cumplimiento si así lo dispone la ley principal. Los reglamentos son fiscalizables por los tribunales, mientras que las instrucciones administrativas no crean obligaciones que se puedan hacer valer ante éstos<sup>9</sup>.

10. Las normas internas que establecen la evaluación del impacto ambiental regulan concretamente lo siguiente:

- a) Las propuestas o actividades que requieren una evaluación;
- b) La remisión de esas propuestas o actividades al organismo correspondiente;
- c) La evaluación o el ajuste (“scoping”) (véase el párrafo 11) de la propuesta por el organismo correspondiente a fin de determinar las consecuencias ambientales de la propuesta o actividad, o la necesidad de presentar un informe sobre el impacto ambiental;
- d) Los requisitos de forma que, en su caso, debe cumplir el informe sobre el impacto ambiental;
- e) Las observaciones públicas acerca del proyecto de informe sobre el impacto ambiental;
- f) La preparación del informe definitivo sobre el impacto ambiental y la solución de las controversias que surjan en el proceso;
- g) La presentación del informe sobre el impacto ambiental con las observaciones formuladas por diversos órganos;
- h) Las decisiones y las cuestiones, como la supervisión y revisión, que deban tenerse en cuenta<sup>10</sup>.

11. Se entiende por “scoping” el ajuste de la evaluación del impacto ambiental a las condiciones de una actividad determinada. Lo ideal sería que este ajuste se hiciera conjuntamente por el proponente, el Estado y el público y otras partes interesadas, pero es más frecuente que los proponentes tengan que preparar un informe por sí mismos o pagar su preparación por un tercero competente e independiente. Normalmente los gastos de preparación de los documentos de la evaluación del proponente y se incluyen en el presupuesto de la actividad propuesta. De igual forma, los gastos de la gestión ambiental de la actividad, después de obtenida la autorización, se cargan al presupuesto de explotación del proponente. Los gastos de revisión de los documentos de la evaluación y de supervisión de la aplicación de los resultados de ésta por el proponente son normalmente de cargo del Estado<sup>11</sup>.

12. Tradicionalmente las normas que regulan la evaluación del impacto ambiental no se han ocupado de las medidas de aplicación de los resultados de ésta. El examen de varios ordenamientos jurídicos internos puso de manifiesto que la infracción de esas normas tiene generalmente como consecuencia una sanción. Las infracciones más habituales que dan lugar a acción judicial son: no realizar la evaluación antes de emprender una actividad; infringir el proceso de evaluación; ocultar, alterar o falsear la información, y causar daños al medio ambiente. La infracción de las obligaciones legales relativas a la evaluación pueden castigarse con la suspensión temporal o permanente de la actividad, la modificación, suspensión o

---

<sup>9</sup> Véase C. Herbert, “Developing Environmental Legislation for Sustainable Development in Small Island States: Some Legal Considerations from the Commonwealth Caribbean”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 22 (julio a octubre de 1996), págs. 1229 y 1230.

<sup>10</sup> *Ibid.*, págs. 1229 y 1230.

<sup>11</sup> Véase M. Yeater y Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), págs. 263 y 264.

revocación de la licencia ambiental, el pago de una multa, el pago de una indemnización por el daño causado, la obligación de restablecer la situación anterior (o de reembolsar al Estado el costo que ello entraña, o una pena de prisión<sup>12</sup>.

13. Cuando por medio de la evaluación del impacto ambiental u otras gestiones se determina que existe un riesgo apreciable de daño transfronterizo, nace para el Estado de origen la obligación de avisar a los Estados que puedan resultar afectados y facilitarles toda la información disponible, incluidos los resultados de toda evaluación realizada<sup>13</sup>. La notificación oportuna al Estado o los Estados afectados puede acelerar la adopción de la decisión respecto de un proyecto determinado. En todo caso, los Estados potencialmente afectados tendrían derecho a: a) ser informados de las investigaciones realizadas y sus resultados; b) proponer investigaciones diferentes o complementarias y c) comprobar por sí mismos los resultados de esas investigaciones. Además, la evaluación debe proceder a toda decisión de proseguir las actividades de que se trate. Las partes deben realizar una investigación previa del riesgo de las actividades y no una evaluación posterior de sus efectos<sup>14</sup>.

14. En el caso de recursos compartidos o cuando la evaluación del impacto ambiental requiere realizar investigaciones no sólo en el territorio del Estado de origen sino también en el de los Estados potencialmente afectados, resulta útil que los Estados interesados participen en el inicio mismo del proceso de evaluación del impacto ambiental. Esa participación podría comprender el aporte conjunto o separado pero simultáneo de los datos necesarios para concluir la evaluación<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, pág. 267.

<sup>13</sup> Véase la sección 4 de la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, que regula la vigilancia y evaluación ambiental de los riesgos de contaminación del medio marino y sus efectos y la comunicación de los resultados de esa vigilancia y evaluación a otros Estados que puedan verse afectados por esa contaminación como consecuencia de actividades previstas sujetas a la jurisdicción y el control del Estado. Otros instrumentos en que se establece la obligación de evaluar el impacto ambiental son el Proyecto de principios de conducta del PNUMA 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, de 1978; el Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, de 1985; la directiva operativa del Banco Mundial de 1989; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 1991; el Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, de 1991; el Convenio sobre la diversidad biológica, de 1992, y el principio 17 de la Declaración de Río de 1992. Véase la referencia a estos instrumentos en Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio de Nueva Zelandia, *New Zealand at the International Court of Justice; French Nuclear Testing in the Pacific, Nuclear Tests Case, New Zealand v. France 1995* (Nueva Zelandia, 1996), pág. 184. Véanse también los artículos 12 y 18 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997.

<sup>14</sup> Véase *New Zealand at the International Court of Justice*, *ídem.*, págs. 182 y 183. Además, según observó un tratadista:

“No obstante, cabe considerar la función de notificación y consulta en ese sentido. La cooperación apunta a que otros Estados potencialmente afectados puedan defender sus intereses e incluirá necesariamente un intercambio de opiniones en cuanto a la magnitud del posible daño. Por lo tanto, la cuestión de si un asunto determinado es o no pertinente depende del punto de vista del Estado potencialmente afectado. Puesto que corresponde a éste analizar y decidir si sus intereses están en juego, la solución parece ser que debe notificarse todo aquello que razonablemente pueda considerarse pertinente.” (Peter-Tobias Stoll, “The International Environmental Law of Cooperation” en Rudiger Wolfrum (ed.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?* (Springer-Verlag, 1996), pág. 47.

<sup>15</sup> Véase *Current Policies ...*, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 69.

15. Los casos en que se requiere una evaluación del impacto ambiental no siempre pueden determinarse de antemano mediante criterios objetivos. Siempre hay elementos subjetivos. A nivel nacional, los detalles de la normativa aplicable a la evaluación, la práctica administrativa y las condiciones ambientales pueden indicar, en qué casos es necesaria. Otra posibilidad sería hacer una lista de actividades sujetas a evaluación a partir de determinados criterios, como son el emplazamiento, las zonas y extensión de la actividad, la naturaleza de sus efectos, el grado de riesgo, el interés público y los valores ambientales. Esta lista y los criterios utilizados podrían actualizarse y revisarse en función de la experiencia acumulada y de la mayor disponibilidad o el mejor conocimiento de los materiales empleados, sus repercusiones y la tecnología. Algunos convenios clasifican a determinadas sustancias como peligrosas, por lo que su mera utilización en una actividad indica que ésta puede causar un daño transfronterizo sensible y requiere, por consiguiente, una evaluación del impacto ambiental<sup>16</sup>.

16. Hay además algunos convenios que enumeran las actividades presumiblemente dañinas. Éstas podrían estar comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos y requerir, por consiguiente, una evaluación del impacto ambiental<sup>17</sup>.

17. Para evaluar los posibles efectos de una actividad en el medio ambiente hay que tener en cuenta tanto la extensión como la magnitud de esos efectos. También debe tenerse en cuenta la posibilidad de que una actividad cause un daño transfronterizo sensible por acumulación de sus efectos con los de otras actividades cada una de las cuales surte efectos sensibles<sup>18</sup>.

18. La evaluación del riesgo puede variar según la actividad y otros factores. Según las directrices aprobadas por el PNUMA en 1987 sobre las “Metas y principios de la evaluación del impacto ambiental”: “Si el alcance, naturaleza y ubicación de una actividad propuesta son tales que pueden afectar considerablemente al medio ambiente, debe realizarse una evaluación completa del impacto ambiental ...” (principio 1). Según el principio 4, la evaluación del impacto ambiental debe incluir como mínimo lo siguiente:

- a) Una descripción de la actividad propuesta;
- b) Una descripción del medio ambiente que pueda resultar afectado, incluyendo la información específica necesaria para determinar y evaluar los efectos ambientales de la actividad propuesta;
- c) Una descripción, en su caso, de las alternativas posibles;

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, el Convenio de 1974 sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres (artículo 4), y el Convenio de 1992 sobre la protección del medio marino de la zona del Mar Báltico.

<sup>17</sup> Véase el anexo I de la Convención de 1991 sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, donde se incluyen diversas actividades, como las de las refinерías de crudo, centrales térmicas, instalaciones dedicadas a la producción de combustibles nucleares enriquecidos, etc., como posibles riesgos que requieren una evaluación del impacto ambiental de conformidad con la Convención y el anexo II del Convenio de 1993 sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, que clasifica como actividades peligrosas las de las instalaciones o los lugares dedicados a la eliminación parcial o total de desechos sólidos o líquidos mediante su incineración en tierra o en el mar y las instalaciones o los lugares para la degradación termal de desechos sólidos, gaseosos o líquidos mediante la reducción de oxígeno. Este mismo convenio contiene también una lista de sustancias peligrosas en su anexo I. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, párr. 8) del comentario al artículo 10, notas 104 y 105 *supra*.

<sup>18</sup> *Current Policies ...*, *op. cit.*, (nota 4 *supra*), pág. 49.

d) Una evaluación de los impactos ambientales probables o posibles de la actividad propuesta y de sus alternativas, incluidos los efectos directos, indirectos, acumulativos, a corto plazo y largo plazo;

e) La identificación y descripción de las medidas disponibles para atenuar los impactos ambientales perjudiciales de la actividad propuesta y de sus alternativas, y una evaluación de esas medidas;

f) Una indicación de la falta de conocimientos y de las incertidumbres experimentadas en la recopilación de la información necesaria;

g) Una indicación de si el medio ambiente de cualquier otro Estado o de zonas que estén fuera de la jurisdicción nacional pueden resultar afectados por la actividad propuesta o por sus alternativas;

h) Un breve resumen no técnico de la información proporcionada con arreglo a los apartados que anteceden<sup>19</sup>.

19. En parecidos términos, la Convención de 1991 sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo establece en su artículo 4, como orientación para los Estados partes, una lista de nueve cuestiones sobre las que hay que informar a los efectos de la evaluación del impacto ambiental<sup>20</sup>.

20. Las obligaciones de evaluar el riesgo mediante una exposición sobre el impacto ambiental y de notificar el riesgo a los Estados interesados plantean diversas cuestiones respecto de: los plazos de la notificación y de la presentación de la información; el contenido de la notificación; la obligación de facilitar un cauce de participación pública, sobre todo la participación del público del Estado afectado en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental del Estado de origen, y el pago de los gastos correspondientes. Del examen de estas cuestiones en relación con la aplicación de la Convención de 1991 sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo se desprende lo siguiente:

“La práctica actual no indica que se estén aplicando todas las disposiciones de la Convención. Actualmente las prácticas en materia de evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo son diversas y cabe llegar a la conclusión de que, por el momento, no se sigue un método uniforme de intercambio de información transfronteriza. Las soluciones propuestas podrían servir para orientar a las autoridades nacionales competentes en la aplicación práctica de las disposiciones pertinentes de la Convención. Los resultados de la aplicación de esas soluciones podrían examinarse a su debido tiempo.”<sup>21</sup>

21. Procede señalar además que, como observó un comentarista al analizar el Sistema del Tratado Antártico y los principios generales del derecho ambiental, “en la actualidad, la adopción de la evaluación ambiental no puede considerarse más que una tendencia progresiva

---

<sup>19</sup> El texto completo puede verse en P. W. Birnie y A. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (Oxford, 1995), pág. 29.

<sup>20</sup> No obstante, en la lista de la Convención de 1991 no se incluye el requisito de indicar si el medio ambiente de cualquier otro Estado o de zonas que estén fuera de la jurisdicción nacional pueden resultar afectados por la actividad propuesta o por sus alternativas, requisito que figura en el apartado g) de las directrices del PNUMA. En cambio, en el apartado h) del anexo II, la Convención propone que se incluya en la evaluación, si procede, un esbozo de programas de supervisión y gestión y los planes de análisis posteriores a los proyectos, cuestión que no figura en las directrices del PNUMA.

<sup>21</sup> *Current Policies ... op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 46.



del derecho internacional. Difícilmente puede decirse que los Estados consideren que esa práctica es jurídicamente vinculante con arreglo al derecho internacional general”.<sup>22</sup>

### C. Los principios de la cooperación, el intercambio de información, la notificación, la consulta y las negociaciones de buena fe

22. El principio general de la cooperación entre los Estados reviste importancia en el contexto de la prevención. Otros principios aplicables a esta cuestión son los de buena fe y buena vecindad. El principio de la cooperación quedó consagrado en el artículo 3 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 12 de diciembre de 1974 (resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General), la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, sobre la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, y en la resolución 3129 (XXVIII) de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1973, sobre la cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados. Además, el principio 24 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, dice que:

“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía en interés de todos los Estados.”

23. Análogamente, se hizo hincapié en el principio de la cooperación en el artículo 197 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, según el cual los Estados cooperarán “en la formulación y elaboración de reglas y estándares, así como de prácticas y procedimientos recomendados, de carácter internacional, que sean compatibles con esta Convención, para la protección y preservación del medio marino, teniendo en cuenta las características propias de cada región”.

24. El artículo 8 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997 (resolución 51/229 de la Asamblea General) establece que los Estados del curso de agua tendrán la obligación general de cooperar “sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional”.

25. La mayor importancia asignada al principio de la cooperación es digna de destacar puesto que se aparta del planteamiento clásico basado en los principios de la coexistencia entre los Estados y hace hincapié en un vínculo más positivo e incluso más integrado entre

<sup>22</sup> L. Pineschi, “The Antarctic Treaty System and General Rules of International Environmental Law”, en F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International Law of Antarctica* (1987), pág. 187. En cuanto a la legislación de los países en desarrollo en materia de evaluación del impacto ambiental, se observó que su eficacia seguía siendo dudosa. Los problemas comunes que los países en desarrollo siguen encontrando son: firme apoyo político y de otra índole a favor de un desarrollo socioeconómico sin restricciones; complejos trámites institucionales o administrativos que causan retrasos y convierten a la evaluación en un obstáculo contra el desarrollo; falta de competencia técnica en la materia y de los recursos financieros necesarios para aplicar la legislación; escasa participación pública, e imposibilidad de que la evaluación del impacto ambiental influya realmente en la adopción de decisiones; véase Yeater y Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), pág. 267.

ellos a fin de alcanzar objetivos comunes, a la vez que se les asignan obligaciones positivas de acción<sup>23</sup>.

26. La cooperación puede referirse tanto a la elaboración de normas y el fomento de instituciones como a las actividades emprendidas teniendo en cuenta razonablemente los intereses de la otra parte y con el objeto de lograr objetivos comunes. Es así que en varios tratados se incorporan principios de distribución equitativa y se adopta un criterio integrado respecto del desarrollo de recursos compartidos, en particular en el contexto de una cuenca fluvial. Cabe destacar a ese respecto el Tratado de 1965 relativo al aprovechamiento en cooperación de los recursos hídricos de la cuenca del Columbia entre los Estados Unidos y el Canadá; el Tratado de 1961 sobre las aguas del río Indo, concertado entre la India y el Pakistán; el Acuerdo entre la República Árabe Unida y la República del Sudán relativo al aprovechamiento total de las aguas del Nilo de 1959; y el Acuerdo sobre el Plan de Acción para la ordenación ambientalmente racional del sistema fluvial común del Zambeze, de 1987<sup>24</sup>. En el caso de los recursos petroleros en que más de un Estado tiene derecho a la explotación de yacimientos superpuestos, transzonales o próximos, los Estados habitualmente celebran acuerdos de cooperación para el desarrollo de los recursos. Los arreglos contractuales concertados en esa materia, también denominados “acuerdos de unificación” determinan los derechos y las obligaciones de las partes. Concertaron acuerdos de ese tipo el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Noruega en 1976, el Sudán y la Arabia Saudita en 1974 y Australia e Indonesia en 1989<sup>25</sup>.

27. En cuanto al procedimiento, la cooperación entraña el deber de notificar a los Estados vecinos que puedan verse afectados y entablar consultas con ellos. El deber de notificar se aplicaría concretamente en el caso de una actividad proyectada que pudiera causar daños transfronterizos importantes a otros Estados o a zonas más allá de la jurisdicción nacional. Dicho deber de cooperación también podría abarcar intercambios periódicos de datos e información, tal como establece el artículo 9 de la Convención sobre el derecho de los usos no navegables de los cursos de agua internacionales de 1997.

28. En cualquier caso, el deber del Estado consiste en proporcionar la información de que disponga. Sin embargo, se espera que los Estados hagan todo lo posible por reunir y, según convenga, procesar datos e información de manera que facilite su utilización por los demás Estados a que van dirigidos.

29. El deber de cooperar y, además, de notificar también significa que si se proporcionará al otro Estado la información adicional que necesite<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Informe del Secretario General titulado “Desarrollo progresivo de los principios y normas del derecho internacional relativos al nuevo orden económico internacional” A/39/504/Add.1, anexo III, estudio analítico, pág. 16. Véase también F. Francioni, “International Co-operation for the Protection of the Environment: The Procedural Dimension”, en W. Lang, H. Neuhold y K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law* (1991), pág. 203.

<sup>24</sup> Véase A. Deng, “Peaceful Management of Natural Resources” en *Actas del Congreso de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Público* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: T.96.V.4) págs. 186 a 188.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, págs. 194 a 197.

<sup>26</sup> No obstante, cabe mencionar la observación del tribunal arbitral en el asunto *Lake Lanoux* de que “[un] Estado que desee [realizar actividades previstas] que afecten a un curso de agua internacional no puede decidir [unilateralmente] si los intereses de otro Estado se verán afectados; esa cuestión será determinada únicamente por ese Estado, y tendrá derecho a ser informado de las propuestas” *International Law Reports 1957*, pág. 119. Véase también el alegato de Nueva Zelanda ante la Corte Internacional de Justicia (nota 13 *supra*).

30. Cuando se proporcione información adicional a otros Estados interesados que la soliciten, se podrá subordinar ese servicio al pago de una suma razonable. Además, al considerar el momento en que debe hacerse la notificación y el grado de información que ha de proporcionarse, es difícil definir de manera abstracta algún tipo de norma puesto que no se conoce a ciencia cierta de que daño puede tratarse puesto que también las normas a ese respecto pueden variar. Por otra parte, es obvio que el deber de notificar y proporcionar la información pertinente a otros Estados interesados es una cuestión relacionada con la política, los procedimientos y la legislación nacionales<sup>27</sup>.

31. Además, se entiende actualmente que el deber general de cooperar va más allá del deber del Estado en cuyo territorio se realiza la actividad que comporta riesgos, y abarca a terceros Estados e incluso a aquellos que probablemente se vean afectados. Como se ha observado, “ello puede indicar que existe una idea del interés común de reducir y mitigar el perjuicio causado (o que probablemente se cause)”. Además, aparentemente se considera que ese interés común prevalece sobre el concepto mismo de responsabilidad en los casos en que ésta no puede establecerse o cuando el Estado responsable del daño causado no es capaz de reducirlo ni mitigarlo<sup>28</sup>.

32. El deber general de cooperar también puede expresarse mediante el establecimiento de comisiones conjuntas de planificación u otras comisiones conjuntas<sup>29</sup>.

33. En el plano normativo, es difícil afirmar que exista en general una obligación de cooperar en el derecho internacional consuetudinario. Los Estados están dispuestos a reconocer un interés común internacional y un deber general de cooperar únicamente en materias cuidadosamente delimitadas. Por consiguiente, se ha observado que “la gran cantidad de disposiciones similares que figuran en los regímenes convencionales existentes sobre cada uno de los aspectos relacionados con la cooperación no pueden interpretarse en el sentido de que constituyen normas internacionales consuetudinarias conexas que puedan aplicarse en general a las cuestiones relacionadas con el medio ambiente<sup>30</sup>”.

34. El deber de notificar tienen consigo el de celebrar consultas con los Estados interesados sobre la base de la información suministrada o solicitada. El objetivo de las consultas es conciliar los intereses contrapuestos y llegar a soluciones mutuamente beneficiosas o satisfactorias. El artículo 17 de los principios generales aprobados por el Grupo de Expertos sobre derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>31</sup> establece que dichas consultas deben celebrarse de buena fe, a solicitud de las partes y en una etapa temprana entre el Estado o los Estados notificantes y el Estado o los Estados a los que se haga la notificación. El tribunal arbitral observó, en el laudo arbitral de 1957 sobre el asunto *Lake Lanoux*, que, cuando están en juego distintos intereses de Estados ribereños,

---

<sup>27</sup> Véase Stoll, *op. cit.* (nota 14 *supra*), pág. 48.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pág. 54; véase también la nota 43, pág. 55. Véase además el artículo 7 de la resolución de Strasburgo de 1997 del Instituto de Derecho Internacional relativa al medio ambiente.

<sup>29</sup> Véase la resolución sobre la contaminación de ríos y lagos y el derecho internacional, aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones celebrado en Atenas en septiembre de 1979, que contiene artículos sobre el intercambio de información, la notificación previa y el establecimiento de organismos internacionales de lucha contra la contaminación: *Annuaire de l'Institut de droit international* (1979), pág. 196. Véase también A. Deng, *op. cit.* (nota 24 *supra*), pág. 192.

<sup>30</sup> Stoll, *op. cit.* (nota 14 *supra*), pág. 48.

<sup>31</sup> *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 (Graham y Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), págs. 104 y 105.

“de acuerdo con las reglas de la buena fe, el Estado de aguas arriba tiene la obligación de tener en cuenta los distintos intereses en juego, trata de satisfacer esos intereses de manera compatible con la defensa de sus propios intereses y demostrar que verdaderamente quiere conciliar los intereses del otro Estado ribereño con los propios”<sup>32</sup>.

35. También cabe mencionar a este respecto el asunto relativo a la jurisdicción territorial de la Comisión Internacional del Río Oder examinada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en que la Corte rechazó la pretensión de Polonia de que la jurisdicción de la Comisión terminaba en el lugar donde el Oder entraba en el territorio de Polonia y mantuvo que “se observa inmediatamente que la solución del problema se ha buscado no en el concepto del derecho de paso de los Estados aguas arriba sino en el de la comunidad de Estados ribereños”. Más adelante agregó que “esa comunidad de intereses en un río de usos navegables constituye la base del derecho común, cuyas características principales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en la utilización de todo el curso del río y la exclusión de cualquier privilegio que beneficie a un Estado ribereño en desmedro de los demás”<sup>33</sup>.

36. Los aspectos ya señalados en cuanto al deber de consulta también se aplicarían respecto del deber de negociar que podría plantearse a continuación. Por ejemplo, el artículo 17 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación señala que las consultas y negociaciones “se celebrarán sobre la base del principio de que cada Estado debe de buena fe tener razonablemente en cuenta los derechos y los intereses legítimos del otro Estado”. Además, en el caso de las actividades proyectadas, el párrafo 3 del artículo 17 dice que “en el caso de las consultas y negociaciones, el Estado notificante, si lo solicitare el Estado notificado al momento de hacer la comunicación, se abstendrá de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas durante un período de seis meses, a menos que se acuerde otra cosa”.

37. Es un principio firmemente establecido que la obligación de negociar, de surgir, no entraña la obligación de concertar un acuerdo<sup>34</sup>. Sin embargo, como señaló la Corte Internacional de Justicia en los asuntos relativos a la plataforma continental del Mar del Norte, la negociación para que cumpla la obligación de negociar debe ser seria, y constituir un intento genuino por conciliar intereses y no una simple afirmación de las propias reivindicaciones sin siquiera considerar la posibilidad de conciliarlas con las del adversario<sup>35</sup>.

38. Por consiguiente, la obligación de celebrar consultas y negociaciones de buena fe, según corresponda, no significa que se deba contar con el consentimiento previo o el derecho de veto de los Estados con quienes se celebrarán las consultas. Ello ha sido confirmado además por la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Al formular su comentario sobre la obligación de celebrar consultas con el propósito de negociar de buena fe a fin de celebrar uno o varios acuerdos de curso de agua, la Comisión señaló que:

“Por otra parte, los Estados del curso de agua no están obligados a celebrar un acuerdo antes de utilizar las aguas del curso de agua internacional. Exigir la celebración de un acuerdo como condición previa del uso equivaldría a conceder a los Estados del curso de agua el derecho de veto respecto del uso por los demás Estados del curso de agua de las aguas del curso de agua internacional, para lo cual bastaría simplemente con

<sup>32</sup> *International Law Reports, 1957*, pág. 139.

<sup>33</sup> *Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, serie A, No. 23, pág. 26.

<sup>34</sup> B. S. Murthy, “Diplomacy and Resolution of International Disputes” en *El derecho internacional como lenguaje de las relaciones internacionales*, op. cit. (nota 24 supra), pág. 153.

<sup>35</sup> Véanse los fallos sobre la plataforma continental del Mar del Norte, *I.C.J. Reports, 1969*, pág. 3.

negarse a un acuerdo. Ni el espíritu ni la letra del artículo 3 apuntan a tal resultado, que tampoco halla justificación en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia internacional (de hecho, el laudo dictado en el asunto *Lake Lanoux* lo excluye).<sup>36</sup>

#### D. Principio de la prevención y solución de controversias

39. Aunque el principio de la prevención de controversias no entra estrictamente dentro de la categoría de la prevención de daños, se ha sugerido también que es uno de los componentes de la prevención. Este principio recalca la necesidad de prever y prevenir los problemas ambientales. En el contexto de la prevención de controversias, se insta a los Estados a que establezcan “métodos, procedimientos y mecanismos que promuevan, entre otras cosas, la adopción de decisiones fundamentadas, el entendimiento mutuo y el aumento de la confianza”<sup>37</sup>. Además, esos procedimientos y métodos implicarían —aparte del intercambio de información disponible, el consentimiento fundamentado previo y la evaluación de los efectos ambientales transfronterizos— el recurso a comisiones de determinación de los hechos, en las que participarían científicos independientes y expertos y grupos de expertos en cuestiones técnicas, y la preparación de informes nacionales.

40. La prevención de las controversias tiene carácter apremiante porque es evidente que, a diferencia de los actos ilícitos normales, en la medida de lo posible los daños ambientales deben evitarse desde el principio. Una vez producido el daño, existe el temor, en general, de que no se puedan eliminar por completo sus consecuencias adversas mediante la concesión de indemnizaciones y que no sea posible restablecer la situación previa al acontecimiento o incidente. Así pues, se ha sugerido que “la importancia de la prevención de controversias sobre cuestiones ambientales reside fundamentalmente en la clara preferencia por las políticas de previsión y prevención de daños ambientales con respecto a las de reacción y reparación de esos daños, cuando las medidas correctivas serían simplemente superfluas”<sup>38</sup>.

41. La cuestión de la prevención de controversias se tuvo en cuenta durante el proceso preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) y en la propia Conferencia de Río. Austria y otros cinco Estados propusieron que se estableciera una comisión de investigación en la que el Director Ejecutivo del PNUMA habría desempeñado una importante función. Esa Comisión habría recibido el mandato de aclarar y establecer los elementos fácticos de una situación que tuviera origen en un Estado y fuera motivo de preocupación para otros Estados. La Comisión habría estado facultada a acceder a todos los documentos pertinentes y al lugar donde se hubiera registrado

<sup>36</sup> *Anuario ... 1994*, volumen II, segunda parte, pág. 101, párrafo 17 del comentario del proyecto del artículo 3. Según un autor, celebrar consultas significa más que notificar pero menos que autorizar. Véase F. L. Kirgis, Jr., *Prior Consultation in International Law* (University Press of Virginia, 1983), pág. 11: “Para celebrar consultas no es necesario estar de acuerdo con el Estado o los Estados afectados, pero sí lo es tener en cuenta las opiniones y recomendaciones del Estado o los Estados. Véase también las Reglas de Montreal sobre la contaminación del agua de la Asociación de Derecho Internacional aplicables a la contaminación transfronteriza, ADI, *Informe de la sexta conferencia* (Montreal, 1982).

<sup>37</sup> Esfera D del Programa II de Montevideo del PNUMA, *Final Report of the Expert Group Workshop on International Environmental Law Aiming at Sustainable Development*, UNEP/IEL/WS/3/2, pág. 6.

<sup>38</sup> El concepto de prevención de controversias se examinó en una reunión de expertos organizada por la Fundación Rockefeller en Bellagio (Italia) en 1974. Posteriormente se trató la cuestión en las negociaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; véase A. O Adede, “Avoidance, Prevention and Settlement of International Environmental Disputes”, en Lin y Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), pág. 54.

la actividad causante de la situación. Sin embargo, la propuesta no recibió apoyo en Río, dada la renuencia de los Estados a supeditar la soberanía y la jurisdicción nacionales a la competencia de esas comisiones. Por consiguiente, en el párrafo 10 del capítulo 39 del Programa 21 se recomendó que, en la esfera de la prevención y el arreglo de controversias, los Estados estudiaran y examinaran en mayor profundidad métodos encaminados a ampliar y hacer más eficaz el uso de las técnicas disponibles.

42. En el artículo 33 de la Convención de 1997 sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se hace un intento de determinar la función de las misiones de investigación de los hechos obligatorias, mientras que los demás procedimientos de solución de controversias mencionados se mantienen con carácter opcional y requieren el consentimiento previo de todos los Estados partes interesados<sup>39</sup>.

43. Las misiones de investigación de hechos han servido de base a las actividades de las Naciones Unidas destinadas a aumentar la capacidad de la Organización de mantener la paz y la seguridad internacionales, según prevé la Carta de las Naciones Unidas. Así pues, la Asamblea General, en su resolución 46/59, de 9 de diciembre de 1991, aprobó una Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en las esferas del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, con el objetivo fundamental de aumentar la capacidad del Secretario General, el Consejo de Seguridad y la Asamblea General en lo relativo a la determinación de los hechos, para que pudieran ejercer efectivamente sus funciones en virtud de la Carta. La Declaración prevé, entre otras cosas, que el Secretario General, por iniciativa propia o previa solicitud de los Estados interesados, debería considerar la posibilidad de enviar misiones de determinación de los hechos a los lugares donde exista una situación que pueda constituir una amenaza contra el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Cuando lo estime oportuno, el Secretario General podría señalar la información obtenida a la atención de los miembros del Consejo de Seguridad<sup>40</sup>.

44. Además de las comisiones de determinación de los hechos, la prevención de controversias comprende las misiones de buenos oficios, mediación y conciliación. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su importante contribución que figura en el informe titulado “Un programa de paz”, combinó esos elementos en una estrategia de promoción de las actividades de diplomacia preventiva y el mantenimiento de la paz. La diplomacia preventiva consiste en mitigar las tensiones antes de que produzcan un conflicto o, si surge el conflicto, en actuar con rapidez para contenerlo y resolver sus causas. La diplomacia preventiva “requiere medidas encaminadas a crear confianza, precisa una alerta temprana basada en la reunión de información y en misiones investigadoras oficiosas u oficiales, y puede entrañar también un despliegue preventivo y, en algunas situaciones, zonas desmilitarizadas”<sup>41</sup>. Las Naciones Unidas están organizando diversos sistemas de alerta temprana en relación con las amenazas para el medio ambiente, el riesgo de accidentes nucleares, las catástrofes naturales, los movimientos masivos de población, la amenaza de la hambruna y la propagación de enfermedades. Además, se está intentando sintetizar la información reunida

---

<sup>39</sup> Véase Stephen McCaffrey y Robert Rosenstock, “The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: an Overview and Commentary”, en *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 5 (1996), pág. 93.

<sup>40</sup> Un análisis de la Declaración figura en el trabajo de Christiane Bourloyannis, “Fact-Finding by the Secretary-General of the United Nations”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1990), págs. 641 a 669. Véase también Husain Al-Baharna, “The Fact-finding Mission of the UN Secretary-General and the Settlement of the Bahrain-Iran Dispute, May 1970”, *International and Comparative Law Quarterly* (1973), págs. 541 a 552.

<sup>41</sup> A/47/277-S/24111, párr. 23.

con los indicadores de política para evaluar si existe una amenaza para la paz y analizar las medidas que podrían adoptar las Naciones Unidas a fin de evitar controversias o aplacar crisis.

45. Al explicar las diversas opciones que existen para promover la acción de la paz, el Secretario General señaló que:

“La mediación y la negociación pueden ser realizadas por una persona designada por el Consejo de Seguridad, por la Asamblea General o por el Secretario General. [...] Con frecuencia, es el propio Secretario General el encargado de realizar esa tarea. El apoyo firme y evidente del Consejo, de la Asamblea General y de los Estados Miembros pertinentes refuerza la eficacia del mediador pero, a veces, los buenos oficios del Secretario General son más eficaces con independencia de los órganos deliberantes.”<sup>42</sup>

46. Cabe señalar que las misiones de buenos oficios o de mediación pueden ser un medio para evitar que se agrave una controversia y para facilitar las actividades en favor de una solución pacífica de la controversia. Las misiones de buenos oficios organizadas a iniciativa de una tercera parte o a solicitud de una o más partes en la controversia han de ser aceptadas por todas las partes en la controversia. La tercera parte que interpone sus buenos oficios suele incitar a las partes en la controversia a reanudar las negociaciones y les ofrece una vía de comunicación. Por supuesto, puede asumir una función más activa y proponer soluciones a petición de las partes. En este último caso, el proceso equivale prácticamente a una actividad de mediación.

47. Así pues, las actividades de mediación son, en lo esencial, un método para resolver pacíficamente o prevenir las controversias, en el que una tercera parte interviene con ánimo de conciliar las reivindicaciones de las partes en disputa y formular sus propias propuestas a fin de llegar a una solución de avenencia que puedan aceptar todas las partes. Este es un método que sirve evidentemente para facilitar el diálogo entre las partes en una controversia o situación internacional, con objeto de mitigar las hostilidades, calmar las tensiones y conseguir, mediante un proceso político controlado por las partes, una solución amistosa al problema. Las actividades de mediación resultan tanto más fructíferas cuando ambas partes están dispuestas a resolver sus diferencias. Sin embargo, no puede haber mediación si no la inicia una tercera parte, y si las partes no han aceptado o nombrado de mutuo acuerdo a un mediador.

48. A diferencia de los métodos antes descritos, la conciliación es un procedimiento que combina los elementos de la investigación y la mediación. Por un lado, ofrece a las partes una investigación y una evaluación objetivas de todos los aspectos de la controversia y, por otro, proporciona un mecanismo oficioso, en el que interviene una tercera parte, para la negociación y la valoración extrajudicial recíproca de las reclamaciones legales y de otra índole, dando así la oportunidad de definir las condiciones de una solución aceptable para todos<sup>43</sup>.

49. Tanto la mediación como la conciliación consisten fundamentalmente en celebrar negociaciones entre las partes con la participación de una tercera parte. Aunque las partes tienen un papel que desempeñar en ambos casos y ejercen cierto control sobre el proceso, no tienen influencia directa sobre la solución que proponga un mediador o un conciliador.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, párr. 37.

<sup>43</sup> Si se desea consultar un análisis del método de los buenos oficios, mediación y conciliación y la práctica de los Estados en relación con ellos, véase el “Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 33 (A/46/33)*, anexo, cap. II, seccs. C, D y E.

50. Los métodos de prevención de controversias desempeñan un papel innovador e influyente, en la medida en que reúnen a las partes para determinar sus reclamaciones, poner en claro sus intereses y tratar de encontrar una solución flexible mediante un proceso de negociación y concesiones mutuas. Como se ha señalado, con esos sistemas “los intermediarios podrían prestar servicios muy útiles a las partes, ayudándolas no sólo a iniciar el proceso de solución de la controversia, sino también a resolver posibles dificultades de procedimiento, técnicas y sustantivas que surjan durante el proceso”. Asimismo podrían examinar “las necesidades, las exigencias, las preocupaciones y los temores de las partes interesadas” y “persuadir y convencer a las partes de los medios con los que deberían resolver la controversia”<sup>44</sup>.

51. Todas las técnicas a que hace referencia el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas resultarían sin duda más eficaces para prevenir las controversias o para resolverlas en breve plazo si se recurriera a ellas con el consentimiento de todas las partes interesadas. Además, la prevención de las controversias se ve reforzada si se respetan más las obligaciones internacionales y los otros mecanismos de aplicación. El grado de observancia y aplicación de las obligaciones internacionales dependerá indudablemente de la existencia y efectividad de las políticas nacionales, de la adopción de las leyes correspondientes y de la existencia de instituciones de supervisión<sup>45</sup>.

52. Varios tratados internacionales sobre el medio ambiente dependen también de informes derivados de una amplia variedad de actividades, como por ejemplo las encaminadas a poner fin al comercio de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, a eliminar la producción de sustancias que destruyen la capa de ozono y a conservar la diversidad biológica. Los informes nacionales son otro elemento importante para promover la aplicación de los tratados.

53. Un grupo de expertos que estudió la cuestión hizo varias recomendaciones destinadas a mejorar el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones internacionales:

a) El cumplimiento requiere muchas veces recursos, incluso tecnologías y conocimientos técnicos especializados, de los que no se puede disponer inmediatamente, sobre todo en los países en desarrollo. A menudo el incumplimiento se debe más a la falta de capacidad que a la poca voluntad. Por consiguiente, la aplicación de sanciones no será un recurso adecuado, salvo en respuesta a violaciones flagrantes de las normas internacionales provocadas más por falta de voluntad que por falta de capacidad;

b) Debido al carácter mundial de algunas cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al elevado costo que puede suponer el cumplimiento de las normas, en particular para los países en desarrollo o en fase de transición, el cumplimiento y la ejecución deben abordarse con un espíritu de solidaridad universal que favorezca el suministro de recursos financieros adicionales, la prestación de asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la creación de capacidad. (Un ejemplo reciente del intento de encontrar mecanismos adecuados que faciliten dicho espíritu es el procedimiento relativo al incumplimiento del Protocolo de Montreal, según el cual los países pueden informar sobre los problemas que

---

<sup>44</sup> Véase Roy S. Lee, “How Can States Be Enticed to Settle Disputes Peacefully?” en W. Kuhne (ed.), *Friedenserhaltende und schaffende Massnahmen: Die Universale Option (Möglichkeiten, Erfordernisse und Probleme im Rahmen der Vereinten Nationen). Peacekeeping and peacemaking measures: the universal option (possibilities, necessities and problems of the United Nations)*, part C, vol. 6 (Ebenhausen, Alemania), pág. 292.

<sup>45</sup> W. Lang, “Compliance Control in International Environmental Law: Institutional Necessities”, *Heidelberg Journal of International Law*, No. 3 (1996), págs. 685 a 695.



les plantea el cumplimiento a un Comité de Aplicación, con lo que se recaba la ayuda de otras partes en el Protocolo para observar sus disposiciones);

c) La creación de capacidad a fin de que los países en desarrollo puedan cumplir sus obligaciones internacionales sigue siendo uno de los requisitos más importantes con esta finalidad. Aparte de los intentos de promover la creación de capacidad incluyendo disposiciones a tal efecto en tratados internacionales sobre el medio ambiente, en el futuro será fundamental lograr una mayor cooperación y establecer nuevas alianzas con diversos agentes, incluidas, por ejemplo, las instituciones financieras, la industria y las organizaciones no gubernamentales dedicadas al medio ambiente y el desarrollo;

d) El cumplimiento de los requisitos de presentación de informes podría mejorarse, entre otras cosas aumentando la capacidad para reunir información y elaborar los informes necesarios, racionalizando, armonizando e integrando los requisitos vigentes en materia de presentación de informes, aumentando la transparencia y la participación de los ciudadanos, y adoptando nuevas tecnologías y metodologías de elaboración de informes. Asimismo debe prestarse atención a la cooperación y la asistencia en el plano internacional a fin de ayudar a los países en desarrollo y en fase de transición a aplicar sistemas de elaboración de informes coherentes, efectivos y fidedignos;

e) Sin perjuicio de sus instrumentos constitutivos, las organizaciones internacionales también pueden desempeñar una función importante a este respecto. Las secretarías de los tratados deberían ayudar a las partes a promulgar legislación interna que les permita cumplir las obligaciones contraídas en virtud de los tratados. Deberían prepararse planes nacionales de cumplimiento que contengan referencias específicas y cuantificables; estos planes se presentarían a las secretarías de los tratados;

f) Los procedimientos a nivel regional para mejorar el cumplimiento de las obligaciones pueden desempeñar una función importante en el futuro. Los procesos de integración económica regional, en la medida en que están destinados a promover el desarrollo sostenible, pueden contribuir a la vigilancia o la mejora del cumplimiento de las normas relacionadas con el medio ambiente. (Cabe citar como ejemplo el examen independiente que hace la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) del comportamiento ecológico de sus países miembros, incluida la aplicación de los tratados internacionales);

g) Muchos agentes no estatales tienen conocimientos técnicos y recursos para vigilar la aplicación y prestar asistencia a este respecto, así como para poner de manifiesto los casos de incumplimiento. Los agentes no estatales que cooperan con los gobiernos pueden contribuir en gran medida a una cultura del cumplimiento, ayudando a crear la capacidad necesaria para aplicar los instrumentos, prestando asistencia en la transferencia y difusión de tecnología y conocimientos y concienciando a la opinión pública acerca de las cuestiones relacionadas con el medio ambiente;

h) El mejoramiento de la educación en cuestiones ambientales, en particular a nivel local, también es importante para facilitar el cumplimiento y la aplicación de las normas.

## E. El principio de no discriminación

54. El principio de no discriminación o derecho a la igualdad de acceso, reconocido por la OCDE, tiene por objeto que las “víctimas” reales o potenciales de la contaminación transfronteriza que se encuentran en un país distinto a aquél en que se origina la contaminación puedan recurrir a los mismos procedimientos administrativos o legales a los que recurren las víctimas potenciales o reales de una contaminación parecida en el país donde se origina ésta. Aunque este principio es más pertinente en el contexto de la corrección de un daño considerable que ya se ha producido, en la práctica garantiza que dos víctimas de la misma contaminación transfronteriza que se encuentren a ambos lados de una frontera común tengan las mismas oportunidades de expresar sus opiniones o defender sus intereses tanto en la etapa preventiva anterior a la contaminación como en la etapa curativa posterior a ésta. De esta forma, las “víctimas” nacionales y extranjeras podrán participar, en pie de igualdad, en las investigaciones o en las audiencias públicas organizadas, por ejemplo, para examinar el impacto ambiental de una actividad contaminante, e incoar acciones judiciales respecto de las decisiones ambientales que deseen impugnar ante las autoridades administrativas y jurídicas competentes del país en que se origina la contaminación, sin que se les someta a discriminación; asimismo, podrán iniciar actuaciones judiciales para obtener una indemnización por los daños, o para que éstos cesen<sup>46</sup>.

55. El principio de no discriminación se ha concebido principalmente para resolver los problemas ambientales que surgen entre Estados vecinos, y no los derivados de la contaminación a larga distancia. Su finalidad consiste en asegurar a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales respecto de los derechos y medidas correctivas de que disponen en un Estado, entre ellos el derecho de acceso a las instancias judiciales y administrativas. Para el buen funcionamiento del principio tendría que haber cierta similitud entre los ordenamientos jurídicos de los Estados vecinos y entre sus políticas de protección de los derechos de las personas, la propiedad y el medio ambiente en sus territorios. Un problema que puede surgir en la aplicación del principio es que a veces se observan drásticas diferencias entre las medidas de corrección sustantivas previstas en los diversos Estados. En este contexto, cabe mencionar las diferencias entre las leyes relativas al medio ambiente de los Estados Unidos y de México o entre las de algunos Estados de Europa occidental y de Europa oriental. También ha habido problemas incluso entre países miembros de la OCDE. Uno de esos problemas se deriva de la larga tradición de algunos países en los que los tribunales administrativos no tienen jurisdicción para entender de casos relacionados con los efectos extraterritoriales de decisiones administrativas. Un segundo problema, que se registra en algunos países, es el resultante de conferir jurisdicción exclusiva a los tribunales del lugar en que se produce el daño<sup>47</sup>.

56. El artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación trata del principio de no discriminación. Según este artículo, las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido perjuicios transfronterizos sensibles, o que estén expuestas a un riesgo grave de sufrir tales perjuicios, tendrán libertad de acceso sin discriminación, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado en que se origina la contaminación, a los procedimientos judiciales o de otra índole

---

<sup>46</sup> Véase OCDE, Directiva sobre el medio ambiente relativa al derecho a la igualdad de acceso y no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza, 1986, citada en el Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, A/CN.4/471, párrs. 118 a 129.

<sup>47</sup> Estudio de los regímenes de responsabilidad..., *op. cit.*, (nota 46 *supra*) párr. 125.

de ese Estado o al derecho a reclamar indemnización u otra reparación de los daños sensibles causados por tales actividades realizadas en su territorio. La Convención se aprobó por votación registrada de 104 Estados a favor, 3 en contra y 26 abstenciones. Algunos países expresaron reservas sobre la conveniencia y aplicabilidad del principio de no discriminación a nivel mundial, en particular respecto de una comunidad de Estados que no estén integrados económica, social y políticamente<sup>48</sup>.

57. El principio de la no discriminación se ha planteado de diversas formas ante la Comisión de Derecho Internacional. El artículo 29 del proyecto que presentó el Sr. Barboza en su sexto informe trata de este concepto; con arreglo a dicha disposición, si se produce un daño transfronterizo, a un Estado estará obligado a atribuir a sus tribunales, por conducto de la legislación interna, la competencia necesaria para entender en las demandas de indemnización que presenten Estados o personas físicas o jurídicas afectados. Por consiguiente, el principio se presentó como elemento constitutivo de un régimen de responsabilidad civil<sup>49</sup>. La cuestión de prever las medidas correctivas adecuadas en caso de daños transfronterizos ocasionados a personas, bienes y el medio ambiente en el Estado afectado, con arreglo al derecho y los procedimientos establecidos y por conducto de las instancias legales y de otra índole del Estado afectado, también se consideró en el décimo informe del Sr. Barboza, en el que se señalan diversos canales para dichas medidas<sup>50</sup>. La cuestión quedó sin resolver, ya que la Comisión decidió limitar inicialmente el ámbito del ejercicio a la prevención, y, por consiguiente, no aprobó ningún artículo sobre este asunto. No obstante, en 1946 el Grupo de Trabajo aprobó un artículo sobre el principio de no discriminación en relación con el Capítulo III sobre indemnización u otra forma de reparación<sup>51</sup>.

58. El principio de no discriminación tiene por finalidad que todas las víctimas potenciales o reales de una actividad que pueda producir un daño considerable gocen de igualdad de acceso sin discriminación por razón de nacionalidad, residencia o lugar en el que se produzca el daño. No obstante, la situación de las víctimas potenciales es distinta de la de las víctimas reales en cuanto a las medidas correctivas de que disponen. Las víctimas potenciales extranjeras están protegidas en primer lugar por su propio Estado, es decir, por el Estado afectado, respecto del cual el Estado de origen tiene obligaciones de notificación, consulta y negociación cuando hayan de realizarse esas actividades. Otro requisito es el evaluar el impacto ambiental cuando se pida autorización para realizar actividades peligrosas, en virtud del derecho interno vigente, que a su vez prevé la participación pública. Esa participación podría ampliarse a las víctimas potenciales extranjeras en pie de igualdad con los nacionales ante diversas instancias competentes, o en el caso de que la evaluación conjunta la realice el Estado de origen y el afectado mediante instancias establecidas en el Estado propio, o ante instancias del Estado de origen, con arreglo al régimen de prevención acordado entre el Estado de origen y el Estado afectado.

59. Todavía pueden surgir problemas en relación con la participación pública. Las opiniones pueden variar, los referéndums pueden no ser representativos de la verdadera

<sup>48</sup> Colombia, Etiopía, la Federación de Rusia y la India expresaron reservas al artículo. La República Unida de Tanzania tenía reservas a la frase “o el lugar en que haya ocurrido el daño”, ya que puede entrar en conflicto con las limitaciones territoriales de una acción judicial. Véase A/51/PV.99.

<sup>49</sup> Véase sexto informe, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1990*, vol. II (Primera parte), págs. 106, 107 y 117, documento A/CN.4/428 y Add.1.

<sup>50</sup> Véase décimo informe, A/CN.4/459, párrs. 89 a 102, en que se establecen cuatro posibilidades: a) la vía de Estado a Estado; b) los particulares perjudicados contra el Estado de origen; c) el Estado afectado contra particulares, y d) particulares afectados contra particulares responsables.

<sup>51</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, quincuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento No. 10* (A/51/10), anexo I, cap. III, art. 20.

voluntad del pueblo y quizás no sea posible expresar una opinión basada en pruebas científicas que permita al Estado tomar decisiones razonables y prudentes. De igual modo pueden surgir cuestiones en relación con el derecho de las víctimas potenciales extranjeras a participar en la etapa de evaluación preliminar en la que no pueden sacarse conclusiones sobre la naturaleza y la magnitud del riesgo. No obstante, una vez que se haya demostrado que el riesgo es importante, es absolutamente necesario permitir a las víctimas potenciales extranjeras el acceso adecuado a las instancias correspondientes, a fin de que el Estado de origen pueda tomar en consideración sus opiniones e intereses. A este respecto, parece haber más de una posibilidad.

60. El caso de las víctimas extranjeras reales de daños transfronterizos es, sin embargo, distinto. La cuestión debe considerarse en otro contexto, pues por el momento el tema exclusivo es la prevención. El proyecto de artículo que aprobó el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en 1996 y las diversas alternativas señaladas en el décimo informe del Sr. Barboza podrían examinarse más adelante, según proceda<sup>52</sup>.

## II. Principios de fondo

### A. El principio de precaución

61. El principio de precaución establece que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certidumbre científica absoluta no deberá aducirse como razón para aplazar la adopción de medidas destinadas a impedir la degradación del medio ambiente. La aplicación de este principio entraña la previsión del daño ambiental y la adopción de medidas para evitarlo, o la elección de la actividad que menos perjudique al medio ambiente. Se basa en el supuesto de que la certidumbre científica en cuestiones relativas al medio ambiente y el desarrollo, en la medida en que sea asequible, podría obtenerse demasiado tarde para reaccionar con eficacia a la amenaza contra el medio ambiente. El principio sugiere también que, cuando haya un peligro identificable de daño grave o irreversible para el medio ambiente, por ejemplo, la extinción de una especie, una contaminación tóxica extendida o una amenaza grave contra un proceso ecológico esencial, convendría que la carga de la prueba recaiga en la persona o entidad que haya propuesto la actividad potencialmente nociva para el medio ambiente<sup>53</sup>.

62. En un estudio que analizaba con cierto detalle el principio de precaución y la conservación de los recursos, se señalaban las siguientes medidas precautorias:

a) La protección del medio ambiente no debe tener como única finalidad la protección de la salud, la propiedad y los intereses económicos de los seres humanos, sino también la protección del medio ambiente como un fin en sí mismo;

b) Las obligaciones precautorias no sólo deben cobrar efecto cuando exista la sospecha de un peligro concreto, sino también cuando haya una inquietud (justificada) o un peligro potencial;

c) Las obligaciones de prevención y mitigación no deben estar condicionadas a una prueba científica absoluta o a una relación precisa de causa/efecto, ni a determinados niveles del daño;

---

<sup>52</sup> Respecto de algunas de las alternativas consideradas, véase también L. D. Guruswamy, Sir G. W. R. Palmer y B. H. Weston, *International Environmental Law and World Order: A Problem-Oriented Coursebook* (West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994), págs. 325 a 332.

<sup>53</sup> *Final report of the Expert Group Workshop, op. cit.* (nota 37 *supra*), pág. 14.

d) La exigencia de un permiso para realizar actividades potencialmente peligrosas, la vigilancia del medio ambiente, el control de la contaminación y una planificación mínima, son elementos esenciales de planificación de los recursos y la ordenación ecológica;

e) Para ello es necesaria una planificación a largo plazo. Conviene adoptar un criterio basado en los derechos humanos (el derecho a un medio ambiente decente);

f) Es menester una ordenación ecológica regional y, en algunos sectores, una cooperación mundial, sin limitarse a actividades de ordenación de alcance puramente nacional. Con esta finalidad son esenciales la información regular, la notificación puntual y la celebración de consultas. Asimismo convendría coordinar las actividades de vigilancia, los regímenes de emergencia y la cooperación científica;

g) No debe hacerse distinción alguna entre los daños al medio ambiente en los planos nacional e internacional. Esta internacionalización, y la solidaridad regional y mundial, deben facilitar la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar medidas de ordenación ecológica;

h) El mejor modo de poner en práctica la ordenación ecológica precautoria es mediante la planificación técnica y regional intensiva, la evaluación del impacto ambiental (EIA), la limitación de descargas por medio de las normas de emisión y un tratamiento que utilice la mejor tecnología disponible. La elección de la tecnología no debe depender de criterios económicos; las normas de calidad no han de sustituir a las normas de emisión;

i) La ordenación ecológica precautoria requiere también la aplicación de medidas modernas a la generación (y eliminación) de desechos mediante la sustitución de productos y la reducción o el reciclaje de los desechos. Hay que prever incentivos financieros en apoyo de estas medidas de minimización en los procesos de producción. Asimismo, deberán encontrarse soluciones en forma de contratos de seguros o medios de financiación. En interés de todos el principio de solidaridad debería aplicarse a la financiación de los países en desarrollo, en particular para que puedan efectuar la necesaria sustitución de los productos<sup>54</sup>.

63. El principio de precaución se ha incorporado a varios instrumentos jurídicos internacionales, entre los que figuran la Convención del Mar Báltico de 1992 y el Tratado de Maastricht de 1992; según este último, la política ambiental de la Comunidad Europea debe basarse en el principio de precaución. Este concepto se ha incluido en el principio 15 de la Declaración de Río, que prevé que “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”. Este mismo principio prescribe que “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”.

64. El principio de precaución se ha incluido en algunas convenciones, que prevén la obligación de los Estados Partes de impedir la descarga en el medio ambiente de ciertas sustancias que pueden causar daños a los seres humanos o al medio. Por ejemplo, según el párrafo 2 f) del artículo 4 de la Convención de Bamako, de la Organización de la Unidad Africana (OUA), sobre la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos<sup>55</sup>:

“Cada Parte tratará de adoptar y aplicar criterios preventivos y precautorios respecto de los problemas de la contaminación, lo que entraña, entre otras cosas, evitar la

<sup>54</sup> Véase Harold Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle: International Environmental Law Between Exploitation and Protection* (Londres, Graham y Trotman/Martinus Nijhoff, 1994).

<sup>55</sup> *International Legal Materials*, vol. 30, pág. 773 (1991).

descarga en el medio ambiente de sustancias que puedan causar daño a los seres humanos o al medio, sin que sea necesario disponer previamente de la prueba científica del daño. Las partes cooperarán entre sí para adoptar las medidas adecuadas con objeto de aplicar el principio de precaución a la prevención de la contaminación mediante la utilización de métodos no contaminantes de producción, y no adoptando un criterio de emisiones permisibles basado en supuestos de la capacidad de asimilación.”

65. En el preámbulo de la Convención de Viena de 1985 para la Protección de la Capa de Ozono<sup>56</sup>, las Partes declararon que, al aceptar las diversas obligaciones previstas en la Convención, eran “también conscientes de las medidas precautorias para la protección de la capa de ozono que ya se han adoptado a nivel nacional e internacional”.

66. Si bien otros muchos tratados o acuerdos hacen referencia al principio o criterio de precaución, la fórmula empleada no es igual en todos los instrumentos. El criterio tradicional establece que sólo se tomarán medidas si existen pruebas científicas de la probabilidad de un peligro grave. Esto obliga a la parte que desea adoptar una medida a demostrar la necesidad de dicha medida, basándose en la existencia de pruebas científicas suficientes, que pueden ser difíciles de obtener. Por el contrario, con el criterio más moderno se instaría a los Estados a adoptar medidas para prevenir, atenuar o eliminar los daños graves e inminentes, teniendo en cuenta el alcance y la probabilidad de un perjuicio inminente si no se adoptan esas medidas<sup>57</sup>.

67. Esto podría hacer necesario que los Estados que emprendan o autoricen actividades de resultados de las cuales exista un peligro de daños transfronterizos determinen, antes de que dé comienzo la actividad propuesta, que sus actividades o descargas de ciertas sustancias no afectarán negativa o significativamente al medio ambiente. Esta interpretación podría precisar también la adopción de medidas regulatorias internacionales cuando la prueba científica haga pensar que la no adopción de las medidas puede dar lugar a un daño grave o irreversible.

68. Sin embargo, la Declaración Ministerial de Bergen de 1990 sobre el desarrollo sostenible en la región de la CEPE<sup>58</sup> (Comisión Económica para Europa) fue el primer instrumento internacional que consideró que este principio era de aplicación general, y lo vinculó al desarrollo sostenible. Según la Declaración “para lograr un desarrollo sostenible hay que adoptar políticas que se basen en el principio de prevención. Las medidas ambientales deben prever, prevenir y combatir las causas del deterioro ambiental. Cuando se corre el riesgo de un deterioro grave o irreversible, no se debe invocar la falta de absoluta certeza científica para postergar la adopción de medidas destinadas a evitar el deterioro ambiental”<sup>58</sup>.

69. El principio de precaución fue recomendado por el Consejo de Administración del PNUMA para fomentar la prevención y la eliminación de la contaminación de los mares, que representa una amenaza cada vez mayor para el medio marino y una causa de sufrimientos humanos<sup>59</sup>. La Convención de Bamako de 1991 adoptó este principio con objeto de prevenir la contaminación mediante la aplicación de métodos de producción no contaminantes (párrafo 3) f) del artículo 4). Además, esta Convención rebaja el umbral en el que la prueba científica puede imponer la adopción de medidas, al no calificar el daño de “grave” o “irreversible”. Mientras que la Convención sobre la Diversidad Biológica, de 1992, mencionaba indirecta-

---

<sup>56</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, pág. 253.

<sup>57</sup> Véase Sands, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pág. 209.

<sup>58</sup> “Informe de la Comisión Económica para Europa sobre la Conferencia de Bergen (8 a 16 de mayo de 1990)”, A/CONF.151/PC/10, anexo I, párr. 7.

<sup>59</sup> Decisión 15/27 (1989) del Consejo de Administración (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 25 (A/44/25)*, anexo I). Véase también Sands, *ibíd.*, pág. 210.

mente el principio, y sólo en su preámbulo, la Convención General de las Naciones Unidas sobre los Cambios Climáticos, de 1992, determinó límites a la aplicación de los principios de precaución, al requerir una amenaza de “daño grave o irreversible” y vincular el compromiso a una incitación a adoptar medidas que sean “eficaces en función de los costos” (párrafo 3) del artículo 3).

70. De lo anterior puede deducirse que no existe una comprensión uniforme del significado del principio de precaución entre los Estados y otros miembros de la comunidad internacional. La determinación del nivel al que la prueba científica es suficiente para invalidar los argumentos en favor del aplazamiento de las medidas, o que incluso podría imponer la adopción de medidas con arreglo al derecho internacional, sigue siendo una cuestión abierta<sup>60</sup>.

71. Un comentarista, resumiendo la situación jurídica del principio de precaución, dijo que era un principio “en evolución”. Añadió que, aunque podría alegarse que un principio suficientemente corroborado en diversos tratados internacionales ha adquirido la condición de principio consuetudinario de derecho internacional, “las consecuencias de su aplicación en cualquier situación potencial estarán influenciadas por las circunstancias de cada caso”<sup>61</sup>.

72. En lo esencial, la adopción por los Estados del principio de precaución es de buena política. Es una política de sentido común a la que debe recurrirse en interés propio. Se entiende no obstante que, si los beneficios de cierta actividad, según las prácticas existentes, superan con mucho a consecuencias que solamente se temen, o que levanten sospechas por otro concepto, sería difícil ceder a las exigencias del principio de precaución cuando hay pocas alternativas viables para satisfacer las demandas urgentes de desarrollo de la población en general, que es predominantemente pobre<sup>62</sup>.

## B. El principio de “quien contamina paga”

73. El principio de “quien contamina paga” fue enunciado por primera vez por el Consejo de la OCDE en 1972<sup>63</sup>, presentándose como un principio económico y como la forma más eficaz de asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación, para garantizar una utilización racional de los escasos recursos ambientales. Asimismo, en el marco de la política económica este principio fomenta la asignación, según las reglas del mercado libre, de los costos de las medidas técnicas impuestas por las autoridades públicas, de preferencia a las ineficiencias y distorsiones competitivas de las subvenciones estatales, con lo que se trata de evitar las distorsiones en el comercio y la inversión internacional<sup>64</sup>.

74. Inicialmente se preveía que este principio fuera aplicado por un Estado con respecto a las actividades realizadas en su propio territorio, y en 1989 la OCDE amplió su alcance, limitado a la contaminación crónica causada por las actividades corrientes, de modo que comprendiera también la contaminación accidental. En consecuencia, se observó que “en asuntos relacionados con los riesgos de contaminación accidental, el principio de quien contamina paga entraña que el explotador de una instalación peligrosa debe soportar el costo

<sup>60</sup> *Ibíd.*, pág. 212.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, págs. 212 y 213.

<sup>62</sup> P. S. Rao, “Environment as a Common Heritage of Mankind: A Policy Perspective” en *International Law on the Eve of the Twenty First Century: Views from the International Law Commission* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.97.V.4), pág. 208.

<sup>63</sup> Véase el “Estudio de los regímenes de responsabilidad ...” *op. cit.* (nota 46 *supra*), párr. 102.

<sup>64</sup> Véase Sandord E. Gaines, “The Polluter-Pays Principle: Free Market Equity to Environmental Ethos”, *Texas International Law Journal*, vol. 26 (1991), pág. 470.

de las medidas razonables para prevenir y combatir la contaminación accidental desde esa instalación, que son instituidas por las autoridades públicas en los países miembros de conformidad con el derecho interno antes de que se produzca un accidente, a fin de proteger la salud humana y el medio ambiente”<sup>65</sup>.

75. Los miembros de la Comunidad Europea se han adherido al principio de quien contamina paga, como se indica en el Acta Única Europea de 1987 que modificó el Tratado de Roma, y que otorgó por primera vez a la Comunidad la facultad expresa de regular los asuntos ambientales. El Acta Única lo menciona concretamente como principio rector de las reglamentaciones a este respecto y estipula que “las medidas adoptadas por la Comunidad relativas al medio ambiente se basarán en el principio de que se deben tomar medidas preventivas, que los daños ambientales deben remediarse con carácter prioritario en la fuente y que el contaminador debe pagar” (art. 100 r) 2). La Comunidad Europea ha aplicado también este principio a las fuentes de contaminación. Por ejemplo, se ha aprobado una directiva comunitaria que da instrucciones expresas a los Estados miembros para que los costos de la eliminación de los desechos recaigan en el poseedor de los desechos y/o en los poseedores anteriores, o en el generador de los desechos, de conformidad con el principio de quien contamina paga<sup>66</sup>.

76. La aplicación del principio (y el pago de sus costos) requeriría la adopción de medidas tanto preventivas como correctivas. Según un comentador, en los Estados Unidos, por ejemplo, si una fuente de contaminación accidental se encarga de la rehabilitación del medio ambiente, esto se considera una indemnización por el daño causado, y no una medida de prevención o de protección. Un caso similar es el de los costos de eliminación de los desechos peligrosos<sup>67</sup>. Los Estados Unidos no reconocen el principio de quien contamina paga, aunque en la práctica aplican sus elementos esenciales<sup>68</sup>.

77. El principio de quien contamina paga fue adoptado a escala universal en la Declaración de Río como principio 16, según el cual: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

78. Después, el principio ha suscitado una aceptación creciente y se ha utilizado como concepto normativo para la elaboración de leyes y reglamentos nacionales sobre el medio ambiente. Los países desarrollados vienen aplicando diversos instrumentos económicos desde hace varios años, y los países en desarrollo y en fase de transición económica están empezando a incorporar estos instrumentos a sus legislaciones nacionales<sup>69</sup>.

79. El principio aprobado en la Declaración de Río se refería a la vez a los costos de la contaminación y del medio ambiente, o sea, un conjunto de costos más amplio que el relativo

<sup>65</sup> Véase el apéndice a la recomendación C (89) de la OCDE, de 7 de julio de 1989, mencionada en el “Estudio de los regímenes de responsabilidad ...”, *op. cit.* (nota 46 *supra*), párr. 107.

<sup>66</sup> *Ibíd.*, párr. 112.

<sup>67</sup> Véase Gaines, *op. cit.* (nota 64 *supra*), págs. 480 a 484.

<sup>68</sup> “Estudio de los regímenes de responsabilidad ...”, *op. cit.* (nota 46 *supra*), pág. 114..

<sup>69</sup> Entre los instrumentos económicos incorporados a las leyes y reglamentos nacionales figuran los planes de depósito/reembolso, sanciones pecuniarias, sistemas de ordenación ecológica y sistemas de etiquetado ecológico. El principio de quien contamina paga también ha sido aplicado mediante diversos procedimientos, desde los recargos por contaminación hasta las normas relativas a los procesos y los productos, pasando por los sistemas de sanciones pecuniarias y responsabilidades. Véase el informe del Secretario General titulado “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Aplicación y Ejecución”, E/CN.17/1997/8, párrs. 87 a 90.



a las medidas de prevención, control y reducción de la contaminación. Los otros costos que deben considerarse a este respecto son los referentes a: a) las medidas de corrección (por ejemplo, la descontaminación y rehabilitación del medio ambiente, si estas operaciones no están incluidas en el concepto “medidas de reducción”); b) las medidas compensatorias (indemnización de las víctimas de los daños); c) los daños “ecológicos” (indemnización por los daños causados al medio ambiente en general y al sistema ecológico, indemnización a las autoridades por los daños residuales, sanciones pecuniarias por niveles excesivos de contaminación, etc.); d) los recargos por contaminación u otros instrumentos económicos equivalentes (derechos negociables de emisión, impuestos a la contaminación, impuestos ecológicos, etc.)<sup>70</sup>.

80. El principio de quién contamina paga no ha sido fácil de llevar a la práctica. Aunque se habían comprometido en firme a adoptarlo en sus políticas nacionales, varios Estados, sobre todo europeos, han encontrado diversos medios de justificar sus planes de subvención, interpretando el principio según su propia conveniencia<sup>71</sup>. En el marco de la OCDE, en los 20 últimos años se han concedido subvenciones para facilitar la aplicación de las políticas ambientales teniendo en cuenta los contaminantes existentes, a fin de evitar que las empresas contaminadoras se vean obligadas a cesar en su actividad por causa de normas ambientales demasiado rigurosas. La mayoría de los países miembros de la OCDE siguen proporcionando asistencia financiera directa o indirecta a los contaminadores, y pocos de ellos han decidido que en adelante todos los costos relacionados con la contaminación corran a cargo de quienes contaminan. En Europa meridional, la Comunidad Europea proporciona un volumen considerable de subvenciones de ayuda a las políticas ambientales de los países, a veces con objeto de cumplir las directivas existentes, que fueron adoptadas sin tener para nada en cuenta la disponibilidad de fondos comunitarios.

81. En consecuencia, el problema de la aplicación abusiva del principio de quien contamina paga ha suscitado una cierta preocupación. La OCDE ha arbitrado procedimientos de prevención para hacer frente a este problema: todo gobierno que considere que una subvención contra la contaminación concedida por otro país miembro podría introducir una distorsión significativa en el comercio y la inversión internacional podrá pedir que se abran consultas para determinar si la ayuda concedida es conforme con las directrices de la OCDE. En la Comunidad Europea, la Comisión ha promulgado directrices concretas y puede someter el caso a la Corte Europea de Justicia, que examinará si la subvención propuesta es conforme con el artículo 92 del Tratado de Roma y con otros textos aplicables. Sin embargo, es de observar que no se ha señalado ningún caso de subvenciones excesivas para el control de la contaminación a la atención de la Corte Europea de Justicia ni de la OCDE<sup>72</sup>.

82. Así pues, es preciso aclarar mayormente las diversas cuestiones referentes a la definición y la aplicación del principio de quien contamina paga: qué costos de control deben correr por cuenta del contaminador, excepciones válidas al principio de quien contamina paga, reparto de los costos de la contaminación entre los organismos del Estado y los contaminadores, y sistemas y métodos para conseguir la incorporación.

83. La aplicación del principio en un contexto transfronterizo también podría dar lugar a varios problemas entre el Estado de origen y los Estados afectados. Si bien en principio podría

---

<sup>70</sup> Véase Henri Smets, “Polluter-Pays Principle in the Early 1990’s” en L. Campiglio editores, *The Environment After Rio: International Law and Economics* (Graham & Trotman, 1994), pág. 134.

<sup>71</sup> Véase “Estudio de los regímenes de responsabilidad ...” *op. cit.* (nota 46 *supra*), párr. 113. Véase también el informe del Secretario General sobre la aplicación de la Declaración de Río, *op. cit.* (nota 69 *supra*).

<sup>72</sup> Smets, *op. cit.* (nota 70 *supra*), pág. 140.

considerarse que los costos de las medidas de control de la contaminación han de sufragarse en el Estado de origen, cabría prever excepciones, en el sentido de conceder a esos Estados una subvención para aplicar tales medidas.

84. La experiencia de los países de la OCDE es que, a nivel internacional, los Estados muy pocas veces pagan los daños transfronterizos, porque corresponde al contaminador indemnizar a las víctimas. En segundo lugar, las subvenciones son muy poco frecuentes y los miembros de la OCDE que causan contaminación suelen aplicar medidas de control sin pedir ningún apoyo financiero a otros Estados Miembros. Sin embargo, hay algunas excepciones posibles: puede ocurrir que los países industrializados subvencionen a los países en desarrollo, e incluso en la Comunidad Europea los Estados miembros han previsto mecanismos financieros de apoyo a otros Estados miembros como Grecia, España, Irlanda y Portugal. En la zona del Ártico, los países escandinavos ofrecen asistencia financiera a la Federación de Rusia. En otros tiempos los países de Europa oriental recibían asistencia de este tipo para cumplir los requisitos de seguridad de los reactores nucleares fabricados en la Unión Soviética. Así pues, las subvenciones entre Estados pueden destinarse a superar una situación histórica perjudicial para el medio ambiente<sup>73</sup>.

85. Esta práctica se encuentra aún en fase de evolución. Se ha observado pues que “en la actualidad es difícil saber si el principio de quien contamina paga se respeta porque existe demasiada incertidumbre en cuanto a lo que está permitido y lo que está prohibido en materia de subvenciones y otras medidas fiscales en favor de los contaminadores de los países industrializados, y también entre los países desarrollados y los menos adelantados”<sup>74</sup>. Por esos y otros motivos, se ha observado también que “el principio de quien contamina paga se ha incluido en numerosos acuerdos internacionales como principio rector, u obligatorio, pero en general sin explicitar su significado”<sup>75</sup>.

86. En consecuencia, Kiss entiende que se trata solamente de un principio de orientación para la economía, y no de un principio jurídico<sup>76</sup>. Sands observa que el principio de quien contamina paga no ha conseguido el amplio apoyo geográfico y específico que ha obtenido el principio de la acción preventiva. Este mismo autor señala que de las negociaciones sobre el principio 16 de la Declaración de Río se deduce que un cierto número de Estados, tanto desarrollados como en desarrollo, querrían que estos principios se adoptaran a nivel nacional, pero que no se aplicasen a las relaciones o las responsabilidades entre Estados a nivel internacional, ni las regularan<sup>77</sup>. Edith Brown Weiss compartió esta opinión, y declaró que el principio de quien contamina paga “no se plasma fácilmente en un principio de responsabi-

<sup>73</sup> *Ibíd.*, págs. 141 a 144. Véase también Brownlie, *State Responsibility and International Pollution: A Practical Perspective*, citado en Daniel Barstow Magraw “Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolute Norms”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 1 (1990), pág. 83 (nota 53 *supra*).

<sup>74</sup> Smets, *idem.*, pág. 144.

<sup>75</sup> Por ejemplo, el Convenio Internacional de 1990 sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos se refería al principio de quien contamina paga como “un principio general del derecho internacional del medio ambiente”. Véase también la Convención de la CEPE sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, de 1992, que tiene en cuenta que el principio de quien contamina paga es un principio general del derecho del medio ambiente. *Ibíd.*, pág. 133.

<sup>76</sup> Alexander Kiss, “The Rio Declaration on Environment and Development”, en L. Campiglio *et. al.* (nota 70 *supra*), pág. 61.

<sup>77</sup> Phillippe Sands, “International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles”, en Winfield Lang, (ed.), *Sustainable Development and International Law* (Londres, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1995), pág. 66.

lidad entre los Estados”<sup>78</sup>.

### C. Principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública

87. En el contexto del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente, en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 se examinó en especial la cuestión de la prioridad que debía atribuirse a los intereses y limitaciones de los países en desarrollo. Aunque en varios de los principios de la Declaración de Río se tenían en cuenta las aspiraciones, necesidades y limitaciones de los países en desarrollo, seguía habiendo obstáculos para conciliar los requerimientos específicos de esos países con el necesario establecimiento de un régimen jurídico universal. A este respecto se debatieron diversas ideas acerca de la equidad intrageneracional e intergeneracional, el fomento de la capacidad y el buen gobierno.

#### 1. La equidad intrageneracional

88. Para la debida comprensión del problema es necesario recordar brevemente, en primer lugar, las circunstancias especiales imperantes en los países en desarrollo. En un estudio de las Naciones Unidas publicado recientemente se pronostica, con arreglo a ciertas hipótesis, que la población mundial ascenderá a 9.400 millones en el año 2050, y se estabilizará en torno a los 11.000 millones en el año 2200, cifras que deben compararse con los 5.700 millones de 1995<sup>79</sup>. Mientras que en Europa se registrará una tendencia al descenso de la población, en un 18% aproximadamente, pasándose de 728 millones en 1995 a 595 millones hacia el año 2150, en los Estados Unidos de América y el Canadá la población aumentará de 297 a 424 millones en este mismo lapso de tiempo. En el mismo período la población de Asia, África y América Latina aumentará también notablemente; en concreto, la población de África aumentará de 700 a 2.800 millones; la de China, de 1.200 a 1.600 millones; la de la India, de 900 a 1.700 millones, y la de América Latina y el Caribe, de 477 a 916 millones<sup>80</sup>. El enorme crecimiento de la población de los países en desarrollo debe considerarse en el contexto de los persistentes niveles de pobreza<sup>81</sup>. En otras palabras, salvo que ocurra un milagro, buena parte de la población de los países en desarrollo vivirá al borde de la pobreza y seguirá mediando un abismo entre los niveles de vida de los pobres y los ricos. Los gobiernos de los países en desarrollo continuarán dando prioridad al suministro de alimentos, vestido, vivienda, y unos niveles mínimos de alfabetización y de salud —o sea, agua potable, instalaciones de saneamiento y centros de atención primaria— a sus vastas poblaciones. Aunque deberán prestar una cierta atención a la liberalización del comercio interior, la mundialización del comercio, el fomento de las inversiones y la mejora de las infraestructuras industriales, estos gobiernos tendrán que seguir destinando preferentemente sus limitados recursos a crear empleo y satisfacer las otras necesidades esenciales mínimas de la población.

<sup>78</sup> Edith Brown Weiss, “Environmental Equity: The Imperative for the 21st Century” en *ibíd.*, pág. 21.

<sup>79</sup> Véase la proyección de la División de Población de las Naciones Unidas en base a una tasa de fecundidad media de dos hijos por mujer. *The Hindu* (Nueva Delhi), 8 de febrero de 1998, pág. 7.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> Aunque es comprensible que haya diferencias de opinión en cuanto a la medida y el concepto de pobreza, se ha señalado que según el criterio del “consumo de calorías” aplicado en la India, la pobreza viene determinada por un consumo diario de menos de 2.100 calorías en zonas urbanas y de menos de 2.400 calorías en zonas rurales. Así, limitándose a ese país, mientras que el porcentaje de pobres en las zonas rurales, que era del 57,79% en 1977–1998, descendió ligeramente hasta situarse en torno al 57,4% en 1993–1994, este mismo porcentaje en las zonas urbanas, que era de 49,28% en 1977–1978, aumentó al 65,4% en 1993–1994. Véase S.P. Gupta, “Poverty and Statistics”, *The Hindu* (Nueva Delhi), 28 de febrero de 1998, pág. 10.

89. Por otra parte, es bien sabido que los medios de producción y la tecnología de que disponen los países en desarrollo son ineficaces e incluso perjudiciales para el medio ambiente.

90. En tales circunstancias, lo primero que debe tenerse en cuenta en relación con el fomento del desarrollo sostenible es la necesidad de reducir el desfase entre los países desarrollados y en desarrollo, por una parte, y entre los ciudadanos ricos y pobres de un mismo país, por la otra. Este último punto tiene que ver principalmente con el buen gobierno, mientras que el primero es sobre todo una cuestión de equidad, en particular equidad intrageneracional.

91. El concepto de equidad intrageneracional tiene varias consecuencias para el Sur<sup>82</sup>. Ello significa, en primer lugar, que las necesidades de desarrollo del Sur deberán seguir siendo prioritarias en todo intento de promover un mejor medio ambiente mundial. En segundo lugar, cualquier régimen de protección del medio ambiente deberá prever un margen suficiente para el desarrollo futuro del Sur. Por consiguiente, hay que permitir a los países en desarrollo que sigan utilizando la tecnología de que disponen hasta que estén en condiciones de adquirir o producir otra que sea más compatible con el medio ambiente. Dicho de otro modo, el Sur considera que el Norte, que consume el 80% de los recursos y representa solamente el 20% de la población mundial, no debería reservarse un gran espacio ambiental mundial capaz de absorber la contaminación. En tercer lugar, los países en desarrollo deben tener espacio suficiente, dentro de las restricciones ambientales vigentes, para desarrollarse con la rapidez necesaria a fin de satisfacer las necesidades y aspiraciones de su creciente población mediante la obtención de los recursos y la tecnología que precisen y el acceso a los mercados mundiales. De esto se desprende claramente que el Sur sólo puede lograr una protección, un desarrollo y un estilo de vida ecológicamente racionales mediante el crecimiento y el desarrollo económicos.

92. De acuerdo con los puntos de vista expuestos, los principios 1, 3, 4, 5, 6, 7, 11 y 25 de la Declaración de Río ponen de manifiesto los intereses de los países en desarrollo y las consideraciones de equidad pertinentes<sup>83</sup>. El objetivo fundamental de la equidad intrageneracional es evitar que en todos los países sean los pobres los que carguen con las

<sup>82</sup> Respecto de la cuestión general del papel de la equidad, véase Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Londres, Martinus Nijhoff, 1991), págs. 52 a 65. Véase también Thomas M. Franck y Dennis M. Sughrue, "The International Role of Equity-as-Fairness", *The Georgetown Law Journal*, vol. 81 (1993), págs. 563 a 595. Los puntos de vista del Sur en la Conferencia de Río se examinan en Chris K. Mensah, "The Role of the Developing Countries", en L. Campiglio y otros, *op cit.* (nota 70 *supra*), pág. 36.

<sup>83</sup> Según el principio 1, los seres humanos son el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. El principio 3 afirma que el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. El principio 4 señala que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo. El principio 5 exige a los Estados que cooperen en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible. El principio 6 prescribe que se dé especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. El principio 7 señala que los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. El principio 11 dice que aunque deben aprobarse normas, objetivos de ordenación y prioridades ambientales, las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo. Por último, según el principio 25, la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables. Véase el análisis de estos principios en el informe del Secretario General sobre la aplicación de la Declaración de Río, *op. cit.* (nota 69 *supra*).

consecuencias ambientales del desarrollo económico<sup>84</sup>. La aplicación del principio de equidad podría llevar a establecer una pauta diferencial y contextual en los ámbitos, cambiantes e interrelacionados, del desarrollo económico, los derechos humanos y las normas jurídicas aplicables a la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos. Según un observador, el examen de algunos regímenes convencionales y otras manifestaciones de la práctica de los Estados permite sostener que, al elaborar las normas ambientales internacionales, existe una obligación consuetudinaria general, derivada fundamentalmente de la práctica estatal en los tres ámbitos mencionados, de tener en cuenta los efectos de esas normas en el desarrollo sostenible de los países en desarrollo a fin de fomentarlo, o por lo menos no obstaculizarlo indebidamente, y hacer que las normas resultantes no sean imposibles de cumplir. Igualmente puede sostenerse que el derecho consuetudinario internacional impone a los países desarrollados la obligación de ayudar a los países en desarrollo a cumplir las normas ambientales internacionales relacionadas con la realización progresiva de los derechos humanos internacionales<sup>85</sup>.

## 2. La equidad intergeneracional

93. El principio de la equidad intergeneracional es de origen más reciente. La Declaración de Estocolmo, de 1972, hizo referencia a la equidad intergeneracional en los principios 1 y 2<sup>86</sup>. Posteriormente, varios convenios multilaterales aludieron al principio de la equidad intergeneracional<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Véase Brown Weiss, *op. cit.* (nota 78 *supra*), pág. 17. Se ha observado que la propuesta de justicia ambiental formulada por la profesora Brown Weiss afecta la estructura profunda del orden jurídico internacional y tiene que interpretarse en el contexto del proceso de cambio fundamental o desarrollo, según se quiera, del orden jurídico internacional, comenzando con la descolonización y continuando con el llamado nuevo orden económico internacional. Konrad Ginther, "Comment on the Paper by Edith Brown Weiss", *ibíd.*, págs. 29 a 33.

<sup>85</sup> Véase Magraw, *op. cit.* (nota 73 *supra*), pág. 99.

<sup>86</sup> El principio 1 de la Declaración de Estocolmo dice así:

"El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse."

Y, con arreglo al principio 2:

"Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga."

<sup>87</sup> Son, entre otros, los siguientes: la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, aprobada en París en 1972; la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, aprobada en Washington en 1973; la Convención del Mar Mediterráneo, aprobada en Barcelona en 1976; la Convención sobre la conservación de la naturaleza en el Pacífico meridional, aprobada en Apia en 1976; la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobada en Ginebra en 1977; el Convenio Regional de Kuwait de 1978; la Convención relativa a la conservación de la fauna y la flora y del medio ambiente natural de Europa, aprobada en Berna en 1979; el Convenio de Cartagena de Indias para la protección y el desarrollo del medio marino de la región del Gran Caribe, de 1983, y el Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental sobre la protección de la naturaleza y los recursos naturales, de 1985. También hacen referencia al principio de la equidad intergeneracional el Artículo 30 de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, la resolución 36/7 de la Asamblea General, de 27 octubre de 1981, sobre la responsabilidad histórica de los Estados por la preservación de la naturaleza para las generaciones presentes y futuras, y la Carta mundial de la naturaleza.

94. El Grupo de expertos en derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que examinó las ventajas e inconvenientes de la adopción del principio de la equidad intergeneracional, recomendó que los Estados velaran por que el medio ambiente y los recursos naturales se conserven y utilicen en beneficio de las generaciones presentes y futuras<sup>88</sup>. Posteriormente este principio se incorporó al concepto del desarrollo sostenible. Así, el principio 3 de la Declaración de Río dice lo siguiente: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”<sup>89</sup>.

95. Desde el punto de vista de la equidad intergeneracional el medio ambiente se considera más bien una fuente de recursos para la supervivencia de las generaciones presentes y futuras. Del principio de la equidad intergeneracional se deriva una doble obligación<sup>90</sup>: en primer lugar, los Estados tienen el deber esencial de preservar las opciones de las generaciones futuras manteniendo la mayor diversidad posible en la base de recursos naturales (esta es la vertiente protectora). Su segunda obligación es impedir o mitigar la contaminación u otras formas de degradación de los recursos naturales o del medio ambiente que puedan limitar sus usos o dejar a las generaciones futuras el enorme lastre económico que supondría la descontaminación del medio. Es esta segunda obligación la que interesa para el examen del principio de prevención.

96. La Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos y Programas de Hábitat, de 1996, alude también al principio de la equidad intergeneracional cuando dice que “con objeto de conservar el medio ambiente mundial ... nos comprometemos a ... velar por que se preserven las oportunidades de las generaciones futuras” ...<sup>91</sup>. También se hace referencia a este principio en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención Marco sobre el Cambio Climático y en el último párrafo del preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>92</sup>. Pese a las referencias a este principio que figuran en numerosos convenios internacionales y en otros lugares<sup>93</sup>, su contenido concreto no está del todo claro. Se ha dicho que “la

<sup>88</sup> Artículo 2 de los Principios generales relativos a la alteraciones de los recursos naturales y del medio ambiente, *Environmental Protection and Sustainable Development, op. cit.* (nota 31 *supra*), págs. 42 a 45.

<sup>89</sup> Un examen de este principio figura en el informe del Secretario General sobre la aplicación de la Declaración de Río, *op. cit.* (nota 69 *supra*), págs. 24 a 28.

<sup>90</sup> Véase *Environmental Protection and Sustainable Development, op. cit.* (nota 31 *supra*), pág. 43.

<sup>91</sup> A/CONF.165/14, cap.I, resolución I, anexo I, párr. 10.

<sup>92</sup> El párrafo 1 del artículo 3 de la Convención Marco sobre el Cambio Climático dice así: “Las partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”. El último párrafo del preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica dice lo siguiente: “Resueltas a conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras” (A/AC.237/18 (Part II)/Add.1).

<sup>93</sup> La indeterminación del principio no ha sido óbice para que la jurisprudencia internacional lo invoque. Véase la opinión individual del Magistrado Weeramantry en el asunto relativo al deslinde marítimo entre Groenlandia y Jan Mayen. Véase también su opinión discrepante en el asunto relativo a las pruebas nucleares (Nueva Zelandia v. Francia, *ICJ Reports 1995*, pág. 288), donde afirma que el principio de los derechos intergeneracionales es un principio importante que se está consolidando rápidamente en el derecho ambiental contemporáneo (*ibíd.*, pág. 341). La Corte Suprema de Filipinas ha reconocido la legitimación activa de 42 niños para defender, en su condición de generación futura, su derecho a un medio ambiente no contaminado (asunto de los niños, véase la sentencia de la Corte Suprema de Filipinas No. 101083, de 30 de julio de 1993, *Juan Antonio Oposa y otros contra el Honorable Fulgencio Factoran, Secretario del Departamento del Medio Ambiente y Recursos Naturales, y otros*). Véase también *M.C. Mehta*

naturaleza y el alcance de este derecho quedan abiertos, lo mismo que la cuestión de si tal derecho corresponde a los Estados, a la población o a las personas naturales”<sup>94</sup>. En la medida en que el principio está vinculado al derecho al desarrollo, su aplicación presenta dificultades propias. A pesar de los problemas doctrinales y conceptuales, el derecho al desarrollo se está consolidando como atributo esencial de los derechos humanos y del principio general de la equidad<sup>95</sup>.

97. A fin de precisar el contenido del principio de la equidad intergeneracional se han propuesto las medidas siguientes<sup>96</sup>:

- a) Exigir a las generaciones presente que utilicen los recursos de manera que quede protegido el desarrollo sostenible de las generaciones futuras;
- b) Comprometerse a la protección duradera del medio ambiente;
- c) Velar por que las directrices y decisiones relativas al desarrollo tengan debidamente en cuenta los intereses de las generaciones futuras;
- d) Evitar las actividades económicas que causen un daño ambiental desproporcionado y, de ser necesario, reparar el daño;
- e) Asegurar la distribución no discriminatoria de los beneficios ambientales presentes.

98. Diversos comentaristas han presentado muchas propuestas ingeniosas sobre las estrategias de aplicación del principio. Según una de éstas, podrían invocarse los derechos de las generaciones futuras para legitimar a los miembros de la generación actual a presentar

---

*contra Union of India y otros, Air 1988 Supreme Court* (acción de interés público para impedir el funcionamiento de unas curtidurías, que contaminaban el río Ganges, hasta que instalaran una central de tratamiento de residuos primarios). Respecto de éste y otros asuntos (con especial referencia a los países del Asia meridional) véase el *Compendium of Summaries of Judicial Decisions in Environment-related Cases*, SACEP, UNEP NORAD Publication Series on Environmental Law and Policy, No. 3, 1997.

<sup>94</sup> Informe del Secretario General sobre la aplicación de la Declaración de Río, *op. cit.* (nota 69 *supra*), párr. 24. Una opinión parecida puede verse en Sands, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pág. 200. Otro comentarista se lamenta de que las generaciones futuras no tengan una representación efectiva en el actual proceso de adopción de decisiones que van a condicionar su bienestar. Véase E. B. Weiss “Intergenerational Equity: a Legal Framework for Global Environmental Change”, en Edith Brown Weiss (ed.), *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions* (1992), págs. 385 y 410 a 412. La misma comentarista acusa a la generación actual de parcialidad en beneficio propio. Véase Brown Weiss, “Environmental Equity”, *op. cit.* (nota 78 *supra*), pág. 22.

<sup>95</sup> Respecto de las cuestiones que plantea el derecho al desarrollo, véase M. Bulajic, *Principles of International Development Law* (Martinus Nijhoff, 1986); David P. Forsythe (ed.), *Human Rights and Development* (Londres, Macmillan, 1989); Kamal Hossain y Subrata Roy Choudhury (ed.), *Permanent Sovereignty over Natural Resources* (Londres, Francis Pinter, 1984); Myres S. McDougal, Harold Lasswell y Lung Che-Chen, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of International Law of Human Dignity* (New Haven, Yale University Press, 1980); A. Peter Mutharika, “The Principle of Entitlement of Developing Countries to Development Assistance”, en UNITAR, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law relating to the New International Economic Order*, UNITAR/DS/6, págs. 154 a 236. El examen de los instrumentos que recogen este principio puede verse en *ibíd.*, págs. 237 a 351; M. Lachs, “The Right to Development”, en *1979 Hague Colloquium 13* (1980); R. Rich, “The Right of Development as an Emerging Human Right”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 23 (1983), págs. 305 y 306; I. Haq, “From Charity to Obligation: A Third World Perspective on Confessional Resource Transfers”, *Texas International Law Journal*, vol. 14 (1979), pág. 389. Véase también M. Gandhi, *Right to Development in International Law: Prospects and Reality* (1991) (tesis presentada en la Universidad de Madrás para el doctorado en Filosofía, que obra en los archivos del Relator Especial).

<sup>96</sup> *Informe final del coloquio del Grupo de Expertos, op. cit.* (nota 37 *supra*), anexo I, pág. 13.

demandas en nombre de aquellas, de conformidad con las disposiciones sustantivas de los tratados sobre el medio ambiente, en caso de que haya dudas respecto del ejercicio de los derechos y la exigibilidad de las obligaciones por los particulares<sup>97</sup>. Según otra opinión, la doctrina de la responsabilidad no tiene en cuenta los factores reales externos ni garantiza una utilización equitativa, por lo que debe adoptarse un planteamiento preventivo en la aplicación del principio de la equidad intergeneracional<sup>98</sup>. Es obvio que la estrategia de prevenir la contaminación pone de manifiesto una voluntad cada vez mayor de vincular el presente con el futuro al elaborar las normas jurídicas. La prevención de la contaminación derivada de los reactores nucleares, que afecta a la capacidad de las generaciones futuras de aprovechar los recursos naturales, y la prevención de la contaminación de los recursos biológicos, el agua y el suelo, contribuyen también a fomentar la equidad intergeneracional<sup>99</sup>.

### 3. Creación de capacidad

99. Con miras al cumplimiento de las obligaciones ambientales internacionales en general, y las relativas a la prevención de los daños transfronterizos en particular, es necesario que el Estado tenga capacidad para elaborar normas adecuadas e introducir en el proceso de producción tecnologías más compatibles con el medio ambiente, y que cuente con los recursos financieros, materiales y humanos necesarios para gestionar el proceso de desarrollo, producción y vigilancia de las actividades. Asimismo, es necesario que las actividades que comporten un riesgo se realicen de conformidad con las normas y los reglamentos aplicables y que, en caso de incumplimiento, pueda recurrirse a la jurisdicción de los tribunales en busca de las necesarias medidas correctivas, judiciales y de otro tipo. Muchos países en desarrollo están comenzando a tomar conciencia de los males causados por la contaminación y las actividades de desarrollo no sostenibles. En consecuencia, se ha señalado correctamente que para cumplir las obligaciones ambientales internacionales hacen falta recursos, incluidas la tecnología y los conocimientos técnicos, que no son de fácil acceso, sobre todo para los países en desarrollo. Así pues, se recomienda un “espíritu de solidaridad mundial”<sup>100</sup> para que los países en desarrollo y de economías en transición puedan cumplir las obligaciones pertinentes, en interés propio y de todos. Esa solidaridad mundial entrañaría, como se estipula en algunos tratados internacionales relativos al medio ambiente, el ofrecimiento de apoyo financiero mediante la creación de fondos comunes, la facilitación de transferencia de tecnología adecuada en términos justos y equitativos<sup>101</sup> y la prestación de la asistencia técnica y de capacitación necesaria.

<sup>97</sup> Véase Sands, *op. cit.* (nota 1 *supra*), págs. 158 a 163 y 200. Brown Weiss apoya la propuesta de nombrar comisarios o un defensor de las generaciones futuras. Brown Weiss, “Intergenerational Equity”, *op. cit.* (nota 94 *supra*), págs. 410 a 412.

<sup>98</sup> Brown Weiss, “Environmental Equity”, *op. cit.* (nota 78 *supra*), pág. 22. Se ha sugerido además que el principio podría comprender tres elementos: las opciones comparables, que se definen como la conservación de la diversidad de recursos naturales y culturales; la calidad comparable, y el acceso comparable o igualitario a los beneficios del sistema ambiental. E. Brown Weiss, “Environmental Equity and International Law”, en Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), pág. 15.

<sup>99</sup> Brown Weiss, en Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, *ibíd.*, pág. 14.

<sup>100</sup> Véase *Final Report of the Expert Group Workshop*, *op. cit.* (nota 37 *supra*), párr. 14.

<sup>101</sup> El problema de la transferencia de tecnología se examinó a fondo en varios foros. Uno de esos estudios, preparado en el contexto del desarrollo del derecho relativo al nuevo orden económico internacional, figura en el trabajo de Augusto-Cesar Espiritu. “*The Principle of the Right of Every State to Benefit from Science and Technology*”, en UNITAR, *op. cit.* (nota 95 *supra*), págs. 1 a 152. Para un examen de la obligación de transferir tecnología incorporada a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véase D. Yarn, “*The Transfer of Technology and UNCLOS III*”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (1984), pág. 138.



100. Para transferir la tecnología y los conocimientos científicos es preciso superar varias complicaciones bien conocidas que afectan a ese tipo de operaciones, como las prácticas restrictivas de los proveedores de tecnología, las deficiencias en el proceso de negociación entre los proveedores de tecnología y los países en desarrollo y la reasignación de una mayor proporción de la capacidad productiva a los países en desarrollo<sup>102</sup>. También es necesario que la transferencia de tecnología tenga en cuenta las condiciones existentes en los países en desarrollo. La difusión y transferencia de conocimientos científicos plantea problemas relacionados con el derecho de las patentes y la propiedad intelectual. Es un hecho reconocido que la transferencia de tecnología y de conocimientos científicos debe realizarse con arreglo a los dispositivos y los regímenes jurídicos adecuados, y tener un costo justo y razonable. No obstante, habida cuenta de los limitados recursos y de las prioridades urgentes del desarrollo, la comunidad internacional debe ayudar a los países en desarrollo a adquirir la tecnología y los conocimientos científicos apropiados. Con ese fin, se podrían establecer mecanismos internacionales de financiación y programas de capacitación técnica. Estas operaciones de creación de capacidad en los países en desarrollo servirían al interés común de todos los Estados, al favorecer el cumplimiento de las obligaciones de prevención<sup>103</sup>.

101. Además de la necesaria transferencia internacional de recursos, tecnología y conocimientos técnicos a los países en desarrollo y en transición, la creación de capacidad entrañaría el planteamiento y solución de varios inconvenientes, deficiencias y problemas, como la legislación insuficiente o inadecuada, la poca influencia política de las autoridades encargadas del medio ambiente, la escasa conciencia pública, la inexistencia de grupos beneficiarios bien establecidos que representen intereses concretos, la falta de conocimientos de gestión y las inadecuadas bases de información. El fortalecimiento de la capacidad institucional requeriría la descentralización y el delineamiento de las estructuras de autoridad y poder entre los gobiernos federales y estatales y entre el Estado y las autoridades locales o municipales; el establecimiento de centros de datos, organismos consultivos de expertos y organismos de supervisión a fin de mejorar el cumplimiento de los regímenes y de permisos y licencias ambientales y la evaluación del impacto ambiental; el cese de las actividades que violen las normas ambientales y la previsión de preparativos para las emergencias ecológicas. Además, deberían promoverse programas multidisciplinarios integrados de investigación a fin de mejorar el conocimiento de los mecanismos de transferencia de la contaminación, y aplicar el enfoque de los ecosistemas a la ordenación del medio ambiente y al desarrollo de tecnologías de desechos escasos o nulos. Debería organizarse la capacitación permanente de los administradores ambientales en todos los niveles, prestando especial atención a la mejora de los conocimientos y técnicas en relación con el derecho y la economía del medio

---

<sup>102</sup> Un examen de esas y otras cuestiones relativas a los problemas de la utilización compartida de la tecnología figura en Oscar Schachter, *Sharing the World's Resources* (Nueva Delhi, Allied Publishers, 1977), pág. 107.

<sup>103</sup> A pesar de las profundas diferencias en lo tocante a la asignación de bienes y costos, que se manifiestan en las negociaciones sobre las leyes relativas a la competencia, prácticas restrictivas, patentes, solución de controversias y orden público en los contratos transnacionales, los Estados responden a imperativos de justicia y aceptan los principios de equidad por razones de conciencia, en particular cuando se presentan alegatos basados en datos comprobados y en principios fundamentales de legitimidad, por la relación de interdependencia y por el reconocimiento común del proceso democrático, abierto y dialogado, no sólo dentro del Estado sino también entre los Estados. Véase T. De Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System: General Course on Public International Law", págs. 9 a 498, *Recueil des cours ... 1993-III*, vol. 240, págs. 440 y 441.

ambiente, evaluación y auditoría del impacto ambiental y los riesgos, y técnicas de solución de conflictos<sup>104</sup>.

102. El Programa 21 preveía un enfoque concertado y coherente que vincula a varios de los componentes mencionados a fin de promover la creación de capacidad endógena. Una legislación ambiental que se refiera a varios sectores de las actividades relacionadas con el desarrollo es importante para promover la capacidad de un Estado de impedir los daños transfronterizos<sup>105</sup>. A fin de que el derecho ambiental sea más racional y efectivo, su aplicación debe basarse en prácticas administrativas e institucionales adecuadas y en el establecimiento de tribunales especializados dedicados a las cuestiones o a los casos de derecho ambiental<sup>106</sup>.

#### 4. Buena gestión pública

103. Varios de los requisitos mencionados para la mejora de la capacidad de los Estados de cumplir sus obligaciones de prevención, pueden resumirse en la necesidad de practicar una buena gestión pública que permita asimilar y aprovechar las diversas aportaciones con objeto de seguir mejorando la gestión. Se ha dicho que una buena gestión pública lleva aparejados el imperio de la ley, instituciones estatales eficaces, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos, el respeto de los derechos humanos y la participación auténtica de todos los ciudadanos en el proceso político de la nación y en las decisiones que afectan su existencia<sup>107</sup>. También se ha afirmado que mejorar la gestión pública es una condición esencial para el éxito de todo programa o estrategia de desarrollo. Una gestión pública mejorada puede significar la garantía de la capacidad, fiabilidad e integridad de las instituciones básicas del Estado moderno, y también el aumento de la capacidad del gobierno de ejercer las políticas y funciones que le competen, entre ellas la administración de los sistemas de ejecución<sup>108</sup>.

104. De hecho, una buena gestión pública incluye la necesaria adopción, por parte del Estado, de las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo que sean menester para llevar a la práctica el deber de prevención, según se indica en el artículo 7 del proyecto aprobado en

<sup>104</sup> Un examen de esas y otras cuestiones figura en *Guidelines on Integrated Environmental Management in Countries in Transition* (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: 94.II.E.31), págs. 3 a 7.

<sup>105</sup> Para el logro de esos diversos objetivos, los programas de creación de capacidad del PNUMA se basan en varias consideraciones fundamentales y se han organizado en torno a la legislación y las instituciones nacionales y la participación en el proceso legislativo internacional, así como en relación con distintos grupos beneficiarios concretos. Los programas de creación de capacidad del PNUMA se llevan a cabo en asociación y colaboración con varios organismos del sistema de las Naciones Unidas, así como con organizaciones, universidades y colegios profesionales internacionales. Estos temas se examinan con más detalle en Donald Kaniaru y Lal Kurukulasuriya, “*Capacity-building in Environmental Law*” en Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, *op.cit.* (nota 7 *supra*), págs. 171 a 183.

<sup>106</sup> En referencia a los problemas ambientales de la India, y en particular, los que afectan a las grandes ciudades como Nueva Delhi, Krishna Iyer, un distinguido ex-magistrado de la Corte Suprema, ha observado que “Nueva Delhi tiene fama de ser la cuarta ciudad más contaminada del mundo, no porque no haya leyes, sino porque se aplican con displicencia”. A este respecto, el autor examina la Ley de Tribunal Ambiental Nacional, que propone la creación de tribunales ambientales especiales de la India; véase V. R. Krishna Iyer, “*Environmental Tribunal – I, II*” *The Hindu*, Nueva Delhi, 5 y 6 de febrero de 1998.

<sup>107</sup> Véase “Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 1* (A/52/1), párr. 22.

<sup>108</sup> Véase el informe del Secretario General, titulado “Un programa de desarrollo”, A/48/935, párrs 125 y 126.

1996 por el Grupo de Trabajo de la Comisión<sup>109</sup>. La exigencia de adoptar las medidas necesarias, derivada del principio de una buena gestión pública, no significa que el Estado deba participar en todos los detalles operacionales de la actividad peligrosa, ya que es mejor que el propio responsable se encargue de ellos. Por esta razón, cuando esas actividades están a cargo de personas o empresas privadas, la obligación del Estado se limita a establecer un marco o mecanismo normativo adecuado para velar por la aplicación efectiva del régimen jurídico establecido por el propio Estado, de conformidad con su legislación nacional. En la mayoría de los casos ese marco podría ser de administración ordinaria y, cuando surjan controversias, deberían constituirse los tribunales competentes que previesen medidas correctivas jurídicas rápidas y eficientes<sup>110</sup>.

105. En el proceso de elaboración de las legislaciones nacionales, se ha observado que es conveniente preparar en primer lugar una ley ambiental marco que sienta los fundamentos jurídicos básicos, sin tratar de codificar todas las disposiciones normativas pertinentes. Este tipo de ley contiene una declaración de principios sobre los objetivos nacionales en materia de medio ambiente y establece instituciones de ordenación ambiental y procedimientos para la adopción de decisiones, régimen de licencias y cumplimiento de las disposiciones, planificación y coordinación y solución de controversias, entre otros mecanismos de ordenación ambiental<sup>111</sup>. Las leyes marco suelen necesitar otras leyes y reglamentos complementarios. Además, el objetivo de una legislación ambiental debería de preparar la ordenación a largo plazo de los recursos amenazados, la conservación de recursos escasos y la prevención de la degradación de los recursos renovables. En el contexto de la prevención de los daños transfronterizos, ese tipo de legislación debería establecer salvaguardias adecuadas para tener en cuenta las necesidades ambientales de los Estados vecinos cuando se regulen las actividades en que sea posible o evidente que se habrá de causar un daño importante a esos intereses.

106. Un examen de la necesidad de adoptar medidas adecuadas y una legislación apropiada indica que, para el logro de una buena gestión pública, los Estados deben: tratar de evitar la promulgación y aplicación de múltiples leyes y la proliferación de instituciones; coordinar las instituciones en los planos nacional, regional o local; velar por el cumplimiento estricto de las leyes y políticas nacionales con el apoyo de la infraestructura y los recursos necesarios; eliminar la corrupción y las influencias improcedentes; reconocer el interés público; aprobar leyes y políticas integradas y holísticas, y evitar las decisiones administrativas circunstanciales<sup>112</sup>. También se ha recomendado que se establezcan autoridades legales que actúen como un organismo central con facultades normativas, de ejecución y de intervención, que se encarguen de la prevención de los daños y la protección del medio ambiente. La independencia jurídica del organismo se vería afianzada con la independencia financiera. Un organismo de este tipo debería estar facultado para reforzar las instituciones existentes y, al mismo tiempo, servir de centro local de coordinación para las alianzas estratégicas<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, pág. 260.

<sup>110</sup> Sreenivasa Rao Pemmaraju, "International Liability Arising Out of Acts not Prohibited by International Law: Review of the Current Status of the Work of the International Law Commission" en Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, *Essays on International Law, Fortieth Anniversary Commemorative Volume, 1997*, pág. 102.

<sup>111</sup> Véase Donald Kaniaru, Manjit Iqbal, Elizabeth Mrema y Siraj Chowdhury, "UNEP'S Programme of Assistance on National Legislation and Institutions", en Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), pág. 161.

<sup>112</sup> Véase Herbert, *op. cit.* (nota 9 *supra*), pág. 1214.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, págs. 1215 a 1217.

107. En el contexto de la prevención de los daños transfronterizos, los Estados vecinos y los de la región deberían tratar de armonizar la legislación, las normas y otros procedimientos nacionales relativos a las actividades peligrosas. Esto es muy necesario para que las obligaciones de prevención se cumplan de manera más uniforme y voluntaria, y para soslayar las diferencias de opinión o las controversias que podrían surgir de lo contrario<sup>114</sup>.

108. La participación del público es esencial para una buena gestión del Gobierno. Teniendo esto en cuenta, el artículo 15 del proyecto aprobado por el Grupo de Trabajo en 1996 declara que, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, los Estados facilitarán al público que pudiera resultar afectado por una actividad peligrosa información relativa a esa actividad, al riesgo que entrañe y los daños que pudieran derivarse, y recabará sus opiniones. Esa recomendación toma en consideración el principio 10 de la Declaración de Río, que prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones. El Grupo de Trabajo señaló otros varios textos en los que se incita al público a participar<sup>115</sup>.

109. Por “público” se entienden los individuos, y los grupos de interés (incluidas las organizaciones no gubernamentales) y los expertos independientes. Por “público en general” se entienden las personas que no están organizadas en grupos ni se han afiliado a grupos concretos. Se podría fomentar la participación del público mediante la celebración de reuniones o audiencias públicas anunciadas en los periódicos, la radio y la televisión. Se debería dar al público la oportunidad de celebrar consultas, y facilitar su participación brindándole la información necesaria sobre la política, el plan o el programa propuestos que puedan tener importantes efectos transfronterizos. No obstante, los requisitos de confidencialidad podrían afectar el grado de participación del público durante el proceso de evaluación. Además, frecuentemente el público no participa, o lo hace mínimamente, en los intentos de determinar el alcance de las políticas, los planes o los programas o el efecto del impacto ambiental, ni en el examen de los proyectos de documento. Con todo, su participación es útil para obtener información sobre las preocupaciones relativas a las medidas propuestas, otras posibles soluciones y el impacto potencial en el medio ambiente<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> A fin de promover el entendimiento común, y donde sea aplicable, elaborar unidades o normas internacionalmente aceptables para la evaluación del impacto ambiental transfronterizo, la Organización Internacional de Normalización (ISO) y el Comité Europeo de Normalización han centrado su actividad en cuestiones como las siguientes: métodos de muestreo y vigilancia; unidades descriptivas (por ejemplo, microgramos/m<sup>3</sup> para la calidad del aire), escalas de control espacial y temporal (por ejemplo, volumen de las muestras del suelo) y criterios para los datos de control de calidad. Aparentemente, es necesario aumentar el alcance de las actividades de normalización en curso. Véase *Current Policies ...*, *op. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 50.

<sup>115</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/51/10)*, págs. 329 a 331.

<sup>116</sup> *Application of Environmental Impact Assessment Principles ...*, *op. cit.*, (nota 7 *supra*), págs. 4 y 8. El Banco Mundial reconoce que, cuando se abordan los problemas ambientales de un país, las posibilidades de éxito aumentan mucho si los ciudadanos participan en las operaciones de control de la contaminación y los desechos. El razonamiento del Banco se basa en cuatro premisas: en primer lugar, los ciudadanos suelen estar en mejores condiciones que los funcionarios para determinar las prioridades de acción; en segundo lugar, los miembros de las comunidades locales conocen con frecuencia soluciones económicas que no están a disposición del Gobierno; en tercer lugar, a menudo es la motivación y el compromiso de la comunidad lo que permite la conclusión feliz de un proyecto ambiental. Además, la participación de la ciudadanía puede contribuir al cambio de las actitudes del público. Véase K. John Mammen, “A New Wave in Environmentalism”, *The Hindu* (comentario), 17 de marzo de 1998, pág. 21.

110. Aparte de la conveniencia de fomentar la participación del público en la adopción de decisiones a escala nacional en relación con cuestiones vitales relativas al desarrollo y a los niveles de tolerancia de daño, a fin de hacer más legítimas las decisiones adoptadas y conseguir un mayor grado de cumplimiento, se ha sugerido que esa participación debe considerarse incluso un derecho cada vez más importante en el contexto de la legislación nacional y el derecho internacional. No obstante, habida cuenta del desarrollo de los derechos humanos, también se ha observado que “como es probable que continúe la especificación de las normas en ésta esfera del derecho internacional, como en casi todas las demás, en el futuro será necesario atribuir prioridad a la supervisión y, especialmente, al problema todavía no resuelto de garantizar el cumplimiento de las normas existentes”<sup>117</sup>.

## Tercera parte

### Conclusiones

111. Hasta 1992, la Comisión de Derecho Internacional había elaborado el concepto de prevención en el contexto de sus trabajos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Según el concepto elaborado, algunos de los deberes se proyectaban esencialmente como obligaciones de conducta. En consecuencia, el principio de prevención obligaría a los Estados a determinar qué actividades pueden causar probablemente un daño transfronterizo importante, y a notificarlo a los Estados interesados. Naturalmente, la obligación de notificar llevaría aparejada la de celebrar consultas y negociaciones. No obstante, de esas obligaciones no dimanaría ningún derecho de veto en favor de otros Estados respecto de las actividades que hubieran de realizarse en el territorio de un Estado. Además, los Estados tampoco estarían obligados a llegar a un acuerdo respecto de un régimen en todos los casos en que amenazara con producirse un daño transfronterizo importante.

112. Sin embargo, el Estado en cuyo territorio se proyectara realizar una actividad peligrosa estaría obligado, en razón del deber de prevención, a adoptar sus propias medidas de prevención, o sea, medidas unilaterales, de no haber acuerdo entre ese Estado y los Estados probablemente afectados. Entre esas medidas figuraría la diligencia debida o las normas de prevención proporcionales al riesgo planteado y a los medios de que disponga el Estado interesado. La norma de la diligencia debida podría no ser la misma según el Estado, la región o el momento de que se tratase.

113. En el marco elaborado, de no producirse el daño, el incumplimiento de las obligaciones de prevención propuestas o de las obligaciones de conducta no entrañaría ninguna consecuencia jurídica. Empero, ese incumplimiento podría dar lugar a ciertas presunciones negativas en relación con el Estado de origen u otras entidades participantes, cuando se examinara una demanda de indemnización dimanante de su responsabilidad.

114. El concepto de prevención elaborado ha suscitado una aceptación general. No obstante, se han expresado algunas reservas, que insisten sobre todo en la necesidad de prever mejores garantías para la aplicación de las obligaciones de prevención.

---

<sup>117</sup> Véase Franck, *op. cit.* (nota 100 *supra*), pág. 110. Véase también Donna Craig y Diana Ponce Nava, “Indigenous Peoples’ Rights and Environmental Law”, en Sun Lin y Lal Kurukulasuriya, *op. cit.* (nota 7 *supra*), págs. 115 a 146.

115. Los intentos de la Comisión de separar el régimen de prevención de responsabilidad dan la oportunidad de examinar bajo una nueva perspectiva la cuestión de las consecuencias dimanantes del incumplimiento de las obligaciones de prevención. Con ese fin, sería necesario distinguir entre las obligaciones de prevención asignadas al Estado y las obligaciones de quienes realizan actividades peligrosas.

116. El incumplimiento de las obligaciones de prevención del Estado podría plantearse en el ámbito de la responsabilidad de los Estados o incluso como una cuestión de responsabilidad, sin que la actividad misma sea considerada ilícita o prohibida. Esta es la posición asumida hasta el momento por la Comisión y podría verse secundada, por la conveniencia de respetar la libertad de los Estados y la soberanía de que gozan sobre sus territorios y recursos para llevar a cabo las actividades de desarrollo y otras operaciones beneficiosas que sean necesarias, independientemente de sus consecuencias secundarias negativas, si no hay ninguna alternativa adecuada. Sin embargo, si dispone del apoyo suficiente, la Comisión podría incluir la cuestión de las consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados.

117. En cambio, el incumplimiento de las obligaciones de prevención por parte de quienes realicen actividades peligrosas debería acarrear las necesarias consecuencias previstas en la legislación nacional según la cual se haya solicitado y concedido la autorización. Las más de las veces, se trata de sanciones, civiles y, en casos extremos, entrañan la anulación del permiso de proseguir la actividad.

118. Es de prever que los Estados asuman libre y voluntariamente las distintas obligaciones de prevención que se han determinado como principios de procedimiento y de fondo, por cuanto ellos son los principales interesados en su cumplimiento. El examen de esos principios demuestra ampliamente que la práctica de la aplicación de los Estados es evolutiva y flexible. Además, los Estados han demostrado un grado considerable de pragmatismo al no insistir a menudo en sus derechos e incitar en cambio a otros Estados y operadores a cumplir sus obligaciones, ayudándoles a ello mediante incentivos e instrumentos económicos. Aunque hasta ahora los Estados han mostrado una cierta laxitud a la hora de contribuir a los fondos internacionales establecidos para mejorar la capacidad de los países en desarrollo de cumplir sus obligaciones, no cabe duda en cuanto a la naturaleza misma de la obligación.

119. Ha quedado bien claro que, al elaborar un régimen de prevención, es necesario examinar debidamente las necesidades y las circunstancias y los intereses especiales de los países en desarrollo. Ese examen es necesario cuando se establecen las normas de prevención, y para permitir a esos países aplicar y hacer cumplir las normas. El caso de los Estados que son capaces de cumplir las obligaciones determinadas o asumidas pero no parecen muy dispuestos a ello es ciertamente distinto del de los Estados que desean aplicarlas, pero no pueden hacerlo por razones justificadas o ajenas a su voluntad. La aplicación de los diversos principios de procedimiento y de fondo mencionados como parte del concepto de prevención exigiría sin duda alguna cooperación, tiempo y esfuerzos considerables para adquirir una forma concreta y el fundamento firme necesario para su observancia universal.

120. Las recomendaciones hechas por el Grupo de Trabajo de la Comisión en 1996 incluyen muchos de los principios que forman parte del concepto de prevención. La Comisión estaría en condiciones de examinar su contenido y tomar una decisión sobre su inclusión en el régimen de prevención que desea adoptar, una vez apruebe la orientación general y el análisis del contenido del concepto de prevención.