



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.554/Add.1
10 de agosto de 1998
ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
50° período de sesiones
Ginebra, 20 de abril a 12 de junio de 1998
Nueva York, 27 de julio a 14 de agosto de 1998

PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
SOBRE LA LABOR DE SU 50° PERÍODO DE SESIONES

Relator: Sr. Christopher John Robert Dugard

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES
DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL (PREVENCIÓN
DE DAÑOS TRANSFRONTERIZOS CAUSADOS POR ACTIVIDADES PELIGROSAS)

Adición

C. Proyectos de artículos aprobados provisionalmente por
la Comisión en primera lectura

ÍNDICE

Página

- | | | |
|----|---|---|
| 1. | Texto de los proyectos de artículos | |
| | [Se insertará más adelante] | |
| 2. | Texto de los proyectos de artículos con comentarios | 2 |

1. Texto de los proyectos de artículos

[se insertará más adelante]

2. Texto de los proyectos de artículos con comentarios

Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas

Comentario general

1) Los proyectos de artículos tratan de la prevención en el contexto de la autorización y reglamentación de actividades peligrosas que plantean un riesgo significativo de daño transfronterizo. La prevención en este sentido, como procedimiento o como deber, trata de la fase anterior a la situación en que ya se ha producido efectivamente un daño o perjuicio importantes que requieren que los Estados interesados apliquen medidas de compensación o corrección, y que a menudo abarca cuestiones relativas a la responsabilidad.

2) El concepto de prevención ha asumido gran importancia y actualidad. Se hace hincapié en el deber de prevenir, por oposición a la obligación de reparar, remediar o compensar y esto tiene varios aspectos importantes. La política preferida debe ser la prevención, ya que la compensación en el caso de daño por lo general no restablece la situación prevaleciente antes del suceso o accidente. El cumplimiento del deber de prevenir o aplicar la debida diligencia adquiere mayor pertinencia a medida que aumentan constantemente los conocimientos sobre las operaciones peligrosas, los materiales utilizados y los procesos para realizarlas. Desde un punto de vista jurídico, la mayor capacidad para determinar la cadena causativa, es decir, la vinculación física entre la causa (actividad) y el efecto (daño), y hasta los eslabones intermedios en esa cadena de causas, hace también imperativo que los que realizan actividades peligrosas adopten todas las medidas necesarias para prevenir el daño. En todo caso, la política de prevención es mejor que la de curación.

3) La prevención del daño transfronterizo dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que hace mucho hincapié el principio 2 de la Declaración de Río¹, aspecto que la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso o de la amenaza del uso de armas nucleares de 1996^{1bis} confirmó, declarando que formaba parte del cuerpo del derecho internacional.

4) Por consiguiente, el Grupo de expertos en derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo destacó acertadamente la cuestión de la prevención. El artículo 10 recomendado por el Grupo relativo a los recursos naturales transfronterizos y a la interferencia en el medio ambiente dice lo siguiente: "Los Estados, sin perjuicio de los principios

¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, documento A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), pág. 3.

^{1bis} Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, I.C.J. Reports 1996, pág. 15, párr. 29.

expuestos en los artículos 11 y 12, impedirán o reducirán toda interferencia transfronteriza en el medio ambiente o todo peligro significativo derivado de ella que cause un daño importante, es decir, un daño que no sea menor o insignificante"². Cabe destacar, además, que el principio bien establecido de la prevención se puso de relieve en el laudo arbitral relativo al asunto de la Fundición de Trail y fue reiterado no sólo en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo, sino también en la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación en el campo del medio ambiente. Este principio se refleja también en el principio 3 del proyecto del PNUMA de 1978 sobre unos principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la explotación armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, en el cual se estipulaba que los Estados deberían evitar "en la máxima medida posible" y [reducir] al mínimo posible los efectos ambientales perjudiciales fuera de su jurisdicción de modo de proteger el medio, en particular cuando dicha utilización sea susceptible de: a) causar un perjuicio al medio ambiente que pueda tener repercusiones sobre la utilización de ese recurso por otro Estado que lo comparta; b) comprometer la conservación de un recurso renovable compartido; c) poner en peligro la salud de la población de otro Estado"³.

5) La prevención de los daños transfronterizos al medio ambiente, a las personas y a los bienes se ha aceptado como un principio importante de muchos tratados multilaterales relativos a la protección del medio ambiente, a los accidentes nucleares, a los objetos espaciales, a los cursos de agua internacionales, a la ordenación de los residuos peligrosos y a la prevención de la contaminación marina. También se ha aceptado en varios instrumentos firmados por la Comisión Económica para África, como la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, de 1979; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, de 1991; la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992, y la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales de 1992.

² Environmental Protection and Sustainable Development - Legal Principles and Recommendations, aprobado por el Grupo de expertos en derecho ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Graham y Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), pág. 75. También se señaló que la obligación de no causar daños importantes podía derivarse de la práctica no convencional de los Estados, así como de las declaraciones formuladas individualmente y/o colectivamente por los Estados. Véase J. G. Lammers, Pollution of International Watercourses (Martinus Nijhoff, La Haya, 1984), págs. 346 y 347, y 374 a 376.

³ International Legal Materials, vol. 17 (1978), pág. 1098. Una referencia a otras fuentes donde se refleja el principio de la prevención figura en Environmental Protection and Sustainable Development - Legal Principles and Recommendations, *op. cit.*, págs. 75 a 80.

Artículo 1

Actividades a las que se aplican los presentes proyectos de artículo

Los presentes proyectos de artículo se aplican a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañan un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) El artículo 1 limita el ámbito de aplicación de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional y que incluyan un riesgo de causar un daño transfronterizo importante por sus consecuencias físicas. El apartado c) del artículo 2 limita además el ámbito de aplicación de los artículos a aquellas actividades realizadas en el territorio de un Estado o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control. Dado que los artículos son de carácter general y residual, no se ha intentado en esta fase especificar las actividades a que se aplican. La Comisión tuvo diversas razones para apoyar esta conclusión. Según algunos miembros, cualquier lista de actividades no podría ser exhaustiva y además habría que cambiarla periódicamente con la evolución de la tecnología. Por otra parte, dejando de lado algunas actividades ultrapeligrosas que en su mayoría son objeto de una reglamentación especial, por ejemplo, las actividades en materia nuclear o en el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad depende primordialmente de una aplicación determinada del contexto específico y del modo de operación. Una lista genérica no podría abarcar estos elementos. Otros miembros de la Comisión en cambio, se inclinaron más a la idea fija de una lista de actividades, pero opinaban que sería prematuro en esta fase elaborar la lista hasta que se fijara más claramente la forma, el ámbito y el contenido de los artículos. Además, a su juicio, la elaboración de tal lista era una labor más propia de los expertos competentes en el marco de una conferencia diplomática convocada para aprobar los artículos como convención.

2) La definición del ámbito de actividades establecida en el artículo 1 contiene ahora cuatro criterios.

3) El primer criterio se refiere al título del tema, a saber, que los artículos se aplican a "actividades no prohibidas por el derecho internacional", ya sea que la prohibición se plantee en relación con la realización de la actividad o en razón de sus efectos prohibidos.

4) El segundo criterio, enunciado en la definición de "Estado de origen" en el apartado d) del artículo 2, es que las actividades a que son aplicables las medidas preventivas se realicen en el "territorio" de un Estado o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control". Tres conceptos se utilizan en estos criterios: "territorio", "jurisdicción" y "control". Aunque la expresión "jurisdicción o control de un Estado" es la fórmula más comúnmente usada en

algunos instrumentos⁴, la Comisión considera útil mencionar también el concepto de "territorio" para subrayar la importancia del vínculo territorial, cuando existe ese vínculo, entre las actividades a que se refieren estos artículos y un Estado.

5) El uso del término "territorio" en el artículo 1 se deriva de preocupaciones acerca de una posible incertidumbre en el derecho internacional contemporáneo en cuanto a la medida en que un Estado puede ejercer jurisdicción extraterritorial con respecto a ciertas actividades. A juicio de la Comisión, a los fines de estos artículos, jurisdicción territorial es el criterio dominante. En consecuencia, cuando una actividad se produce dentro del territorio de un Estado, ese Estado debe cumplir las obligaciones relativas a las medidas preventivas. El "territorio" se toma pues como prueba concluyente de jurisdicción. Por consiguiente, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad incluida en estos artículos, prevalece la jurisdicción de base territorial. Sin embargo, la Comisión tiene presente que hay situaciones en las que un Estado, con arreglo al derecho internacional, ha de ceder su jurisdicción dentro de su territorio a otro Estado. El ejemplo primordial de tal situación es el paso inocente de un buque extranjero por el mar territorial o las aguas territoriales. En tales situaciones, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado territorial el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos.

6) El concepto de "territorio" a efectos de estos artículos es limitado y por eso se utilizan también los conceptos de "jurisdicción" y "control". La expresión "jurisdicción" de un Estado abarca, además de las actividades realizadas dentro del territorio de un Estado, las actividades sobre las cuales, en virtud del derecho internacional, un Estado está autorizado a ejercer su competencia y autoridad. La Comisión es consciente de que las cuestiones relacionadas con la determinación de la jurisdicción son complejas y a veces constituyen el núcleo de una controversia. En este artículo no se pretende ciertamente resolver todas las cuestiones de conflictos de jurisdicción.

7) Debido en ocasiones a la localización de la actividad, no hay vínculo territorial entre un Estado y las actividades, como, por ejemplo, las que tienen lugar en el espacio ultraterrestre o en la alta mar. El ejemplo más común es la jurisdicción del Estado del pabellón sobre un buque. Las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 han abarcado muchas capacidades jurisdiccionales del Estado del pabellón.

⁴ Véase, por ejemplo, el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.73.II.A.14 y Corr.1), cap. I; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.84.V.3), documento A/CONF.62/122, párrafo 2 del artículo 194; el Principio 2 de la Declaración de Río supra, nota 1; y el artículo 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992, documento DPI/1307.

8) Las actividades pueden realizarse también en lugares donde en virtud del derecho internacional hay más de un Estado autorizado a ejercer jurisdicciones particulares que no son incompatibles. Las esferas más comunes en que hay jurisdicciones funcionales mixtas son la navegación y el paso por el mar territorial, la zona contigua y las zonas económicas exclusivas. En tales circunstancias, el Estado que está autorizado a ejercer su jurisdicción sobre la actividad comprendida en este tema debe, por supuesto, cumplir las disposiciones de estos artículos.

9) En casos de jurisdicción concurrente de más de un Estado sobre las actividades comprendidas en estos artículos, los Estados, individualmente y cuando proceda conjuntamente, cumplirán las disposiciones de estos artículos.

10) La función del concepto de "control" en derecho internacional, que es atribuir ciertas consecuencias jurídicas a un Estado cuya jurisdicción sobre determinadas actividades o hechos no es reconocida por el derecho internacional; abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción de facto aun cuando carezca de jurisdicción de jure, como en casos de intervención, ocupación y anexión ilícita que no han sido reconocidos en el derecho internacional. A este respecto se hizo referencia a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad⁵. En ese asunto la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte declaró ilegal y considerar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control de facto de Sudáfrica sobre Namibia. La Corte declaró lo siguiente:

"El hecho de que Sudáfrica no tenga ya ningún título para administrar el Territorio no la libera de las obligaciones y responsabilidades que el derecho internacional le impone para con otros Estados y que están relacionadas con el ejercicio de sus poderes en este Territorio. Es el control material sobre un territorio y no la soberanía o la legitimidad del título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados."⁶

11) El concepto de control puede utilizarse también en casos de intervención para atribuir ciertas obligaciones a un Estado que ejerce control por contraposición a jurisdicción. La intervención en este caso se refiere a un control efectivo a corto plazo por un Estado sobre hechos o actividades sometidos a la jurisdicción de otro Estado. A juicio de la Comisión, en tales casos, si el Estado jurisdiccional demuestra que había sido privado efectivamente del ejercicio de su jurisdicción sobre las actividades comprendidas en estos artículos, el Estado que ejerce el control será considerado responsable de cumplir las obligaciones que imponen estos artículos.

12) El tercer criterio es que las actividades comprendidas en estos artículos deben entrañar un "riesgo de causar ... un daño transfronterizo sensible".

⁵ C.I.J. Recueil, 1971, pág. 14.

⁶ *Ibíd.*, párr. 118.

La expresión se define en el artículo 2 (véase el comentario al artículo 2). Las palabras "daño transfronterizo" tienen por objeto excluir las actividades que sólo causan daño en el territorio del Estado dentro del cual se realizan, sin causar daños a cualquier otro Estado. El término "sensible" se examina en el comentario al artículo 2.

13) Pasando al elemento de "riesgo", éste, por definición, se refiere a posibilidades futuras y, por tanto, entraña un elemento de evaluación o estimación del riesgo. El mero hecho de que puedan derivarse daños de una actividad no significa que esa actividad entrañe un riesgo si ningún observador debidamente informado tuvo o pudo tener conciencia de ese riesgo cuando se realizaba la actividad. Por otra parte, una actividad puede entrañar un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible aun cuando los encargados de realizar la actividad subestimen el riesgo o incluso no tengan conciencia de él. Por lo tanto, la noción de riesgo se interpreta objetivamente, es decir, como apreciación de un posible daño resultante de una actividad, apreciación que un observador debidamente informado haya hecho o hubiera debido hacer.

14) En este contexto, hay que destacar que estos artículos en conjunto tienen un efecto y aplicación continuados, es decir, a menos que se indique otra cosa, se aplican a actividades realizadas desde un momento hasta otro. Por tanto, es posible que una actividad que inicialmente no entrañara un riesgo (en el sentido explicado en el párrafo 13), puedan pasar a tenerlo como consecuencia de algún acontecimiento o novedad. Por ejemplo, un embalse perfectamente seguro puede resultar peligroso como consecuencia de un seísmo, en cuyo caso seguir utilizándolo sería una actividad que entrañaría un riesgo. También, el adelanto de los conocimientos científicos podría revelar una debilidad propia de una estructura o material que podría llevar consigo el riesgo de fallo o de derrumbe, en cuyo caso los presentes artículos podrían pasar a ser aplicables a la actividad de que se trate a tenor de los mismos.

15) El cuarto criterio es que el daño transfronterizo sensible ha de haber sido causado por las "consecuencias físicas" de esas actividades. La Comisión convino en que con el fin de dar a este tema un alcance manejable debía excluirse el daño transfronterizo que pueden causar las políticas de los Estados en la esfera monetaria, socioeconómica o en esferas similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan consecuencias físicas transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible.

16) El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto implica una conexión de un tipo muy concreto, una consecuencia que surja o pueda surgir de la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate, en respuesta a una ley natural. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben tener una cualidad física y que las consecuencias deben derivarse de esa cualidad, no de una decisión de política. Así, el almacenamiento de armas no entraña la consecuencia de que las armas almacenadas se dediquen a un uso beligerante. Sin embargo, este almacenamiento puede caracterizarse como actividad que, debido a las propiedades explosivas o incendiarias de los materiales almacenados, entraña un riesgo inherente de accidente desastroso.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

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

b) Se entiende por "daño" el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente;

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

d) Se entiende por "Estado de origen" el Estado en cuyo territorio o bajo jurisdicción o control se realizan las actividades a las que se refiere el proyecto de artículo 1;

e) Se entiende por "Estado probablemente afectado" el Estado en cuyo territorio es probable que se produzca el daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que es probable que se produzca ese daño.

Comentario

1) El párrafo a) define el concepto de "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" como el que implica pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas posibilidades de causar otro daño sensible. La Comisión estima que, en lugar de definir por separado los conceptos de "riesgo" y "daño", resulta más conveniente definir la expresión "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible", por la mutua relación existente entre "riesgo" y "daño" y por la relación entre esos dos términos y el adjetivo "sensible".

2) A los efectos de los presentes artículos el "riesgo de causar un daño transfronterizo sensible" se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y a la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente, es ese efecto combinado de "riesgo" y "daño" el que determina el límite. A este respecto, la Comisión se inspiró en el Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas⁷, aprobado por la Comisión Económica para Europa en 1990. De conformidad con el párrafo f) del artículo 1 del Código de Conducta, "se entiende por riesgo el efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un acontecimiento indeseable y de su magnitud;". La Comisión de Derecho Internacional opina que una definición basada en el efecto combinado de "riesgo" y "daño" es más conveniente para estos

⁷ Documento E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16.

artículos, y que el efecto combinado debe alcanzar un nivel que se considere sensible. La opinión dominante en la Comisión es que las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas, a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a casi todas las actividades, dado que las que se examinan no están prohibidas por el derecho internacional. La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados interesados.

3) La definición del párrafo anterior tiene en cuenta una serie de relaciones comprendidas entre el "riesgo" y el "daño" que alcanzarían todas el nivel de "sensibles". La definición determina los dos polos entre los que quedarán comprendidas las actividades previstas en esos artículos. Un polo es el de las pocas probabilidades de causar un daño catastrófico. Esta es normalmente la característica de las actividades sumamente peligrosas. El otro polo es el de las muchas posibilidades de causar otro daño sensible. Comprende las actividades que tienen muchas probabilidades de causar un daño que, aunque no sea catastrófico, no por ello deja de ser sensible. Sin embargo, excluiría las actividades en que hubiera muy pocas probabilidades de causar daños transfronterizos sensibles. La palabra "implica" de la línea segunda tiene por objeto subrayar la intención de que la definición ofrece una gama dentro de la cual quedarán comprendidas las actividades previstas en el artículo.

4) Por lo que se refiere al significado de la palabra "sensible" ("significant"), la Comisión tiene conciencia de que no carece de ambigüedades y de que habrá que precisarla en cada caso concreto, lo que exigirá más consideraciones de hecho que decisiones jurídicas. Hay que entender que "sensible" es algo más que "detectable" pero sin que llegue a alcanzar el nivel de "grave" o "sustancial". El daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.

5) La unidad ecológica del planeta no coincide con sus fronteras políticas. Las actividades legítimas que realizan los Estados dentro de sus propios territorios tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no alcancen el nivel de "sensibles", se consideran tolerables. Teniendo en cuenta que las obligaciones impuestas a los Estados por esos artículos tratan de actividades no prohibidas por el derecho internacional, el límite de la intolerancia del daño no puede situarse por debajo de lo "sensible".

6) El concepto de límite se refleja en el laudo sobre el caso de la Fundición de Trail, que habla de "consecuencias graves"^{7bis}, así como en el Tribunal del asunto del Lago Lanós, que emplea el término "gravemente"^{7ter}. Algunas convenciones han utilizado también para fijar un límite las palabras "sensible"

^{7bis} Caso de la Fundición de Trail; Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, vol. 3, pág. 1965.

^{7ter} Arbitraje del Lago Lanoux (Francia-España), *ibíd.*, vol. 12, pág. 281.

("significant"), "grave" ("serious") o "sustancial" ("substantial")⁸. La palabra "sensible" ("significant") se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales⁹.

7) La Comisión opina también que la palabra "sensible", aunque determinada por criterios reales y objetivos, implica igualmente un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formule ese juicio. Por ejemplo, una privación determinada, en un momento determinado, puede no considerarse "sensible" porque, en ese momento, los conocimientos científicos o la valoración humana de un recurso determinado no habían llegado a un punto en que se atribuyera mucha utilidad a ese recurso concreto. Sin embargo, algún tiempo más tarde esa opinión podría cambiar y el mismo daño ser considerado "sensible".

8) El párrafo b) no requiere explicación ya que a los fines del presente proyecto de artículos "daño" abarcaría el daño causado a personas, bienes o el medio ambiente.

⁸ Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, aprobada el 2 de junio de 1988, International Legal Materials, vol. 28, pág. 868; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, aprobada el 25 de febrero de 1991 (E/ECE/1250), reproducida en International Legal Materials, vol. 30, pág. 800; y el párrafo b) del artículo I del Código de Conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, supra, nota 7.

⁹ Véase, por ejemplo, los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza, 1974, párr. 6, OCDE, Non Discrimination in Relations to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents, pág. 35, reproducido también en International Legal Materials, vol. 14, pág. 246; el artículo 10 de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, Asociación de Derecho Internacional, Report of the fifty-second Conference (Helsinki, 1966), pág. 496; y el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965, OEA, Ríos y lagos internacionales, pág. 132 (4ª ed., 1971).

Véase también el Memorando de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 1980, 32 U.S.T., pág. 2541 y T.I.A.S. No. 9856; y el artículo 7 del Acuerdo de 1983 entre México y los Estados Unidos para cooperar en la solución de los problemas ambientales en la zona fronteriza, International Legal Materials, vol. 23, pág. 1025 (1983).

Los Estados Unidos han utilizado asimismo la palabra "significant" en su derecho nacional sobre cuestiones ambientales. Véase The American Law Institute, Restatement of the Law, Section 601, Reporter's Note 3, págs. 111 y 112.

9) El párrafo c) define el "daño transfronterizo" como el daño causado en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distintos del Estado de origen, tengan o no esos Estados fronteras comunes. Esa definición incluye, además del caso típico de una actividad realizada dentro de un Estado que produce efectos perjudiciales en otro, las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado, por ejemplo en alta mar, que producen efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control. Comprende, por ejemplo, los efectos perjudiciales en buques o plataformas de otros Estados que se encuentren igualmente en alta mar, e incluirá asimismo las actividades realizadas en el territorio de un Estado que tengan consecuencias perjudiciales en, por ejemplo, los buques o plataformas de otro Estado en alta mar. La Comisión no puede prever todas las formas futuras posibles de "daño transfronterizo". No obstante, quiere dejar bien sentado que su intención es que se pueda trazar una línea y distinguir claramente entre el Estado al que sea atribuible la actividad comprendida en esos artículos y el Estado que sufra los efectos perjudiciales. Las líneas de separación son las fronteras territoriales, las fronteras jurisdiccionales y las fronteras de control. Por consiguiente, el término "transfronterizo" de la expresión "daño transfronterizo" debe entenderse en el contexto de la frase "en el territorio de un Estado, o que de alguna otra manera estén bajo la jurisdicción o control de dicho Estado" que se utiliza en el artículo 1.

10) En el párrafo d) se introduce la expresión "Estado de origen" para referirse al Estado en cuyo territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1. (Véase el comentario al artículo 1, párrs. 4 a 11.)

11) En el párrafo e) se define el término "Estado probablemente afectado" como el Estado en cuyo territorio o en otros lugares sujetos a su jurisdicción y control en que es probable que se produzca el daño transfronterizo sensible. Puede haber más de un Estado probablemente afectado con respecto a una actividad determinada.

Artículo 3

Prevención

Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir y minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) Este artículo, junto con el artículo 4, constituye el fundamento básico de los artículos sobre prevención. Los artículos establecen las obligaciones más concretas de los Estados en cuanto a prevenir o minimizar los daños transfronterizos sensibles. El artículo es una declaración de principio. Dispone que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. La palabra "medidas" hace referencia a todas las medidas y disposiciones que se especifican

en los artículos sobre prevención y reducción al mínimo de los daños transfronterizos.

2) Como principio general, la obligación enunciada en el artículo 3 de prevenir o minimizar el riesgo se aplica únicamente a aquellas actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, según las definiciones dadas en el artículo 2. En general, en el contexto de la prevención, un Estado no asume el riesgo que puedan tener para otros Estados las consecuencias imprevisibles de actividades no prohibidas por el derecho internacional que se realicen en su territorio o en otro lugar sujeto a su jurisdicción o control. Por otra parte, la obligación de "adoptar medidas apropiadas para prevenir o minimizar" el riesgo de causar un daño no puede limitarse a actividades de las que ya se ha determinado adecuadamente que entrañan tal riesgo. Esa obligación comprende la adopción de medidas apropiadas para identificar las actividades que entrañan tal riesgo, y tiene carácter permanente.

3) Por consiguiente, este artículo B sienta el principio de la prevención que concierne a todo Estado respecto de las actividades comprendidas en el artículo 1. Entre las modalidades por las cuales el Estado de origen puede cumplir las obligaciones de prevención establecidas figuran, por ejemplo, las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para llevar a la práctica las leyes, las decisiones administrativas y las políticas que el Estado haya aprobado (véase el artículo 7 y su comentario).

4) La obligación de los Estados de tomar medidas preventivas o medidas para aminorar el riesgo está regida por la diligencia debida, que requiere que los Estados tomen determinadas medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo sensible. La obligación que impone este artículo no es una obligación de resultado. La conducta del Estado es la que determinará si éste ha cumplido su obligación con arreglo a los presentes artículos.

5) La obligación de observar la diligencia debida como base de la norma de la protección del medio ambiente contra los daños puede deducirse de varias convenciones internacionales¹⁰, así como de las resoluciones e informes de

¹⁰ Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, supra, nota 4; los artículos I y II y el párrafo 2 del artículo VII del Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, International Legal Materials, vol. 11, pág. 1294; el artículo 2 del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, ibíd., vol. 26, pág. 1529; el párrafo 5 del artículo 7 de la Convención para Regular las Actividades Relacionadas con los Recursos Minerales Antárticos, supra, nota 8; el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, documento E/ECE/1250; y el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales, ibíd., vol. 31, pág. 1313.

conferencias y organizaciones internacionales¹¹. La obligación de diligencia debida se debatió recientemente en una controversia entre Alemania y Suiza relativa a la contaminación del Rin por Sandoz; el Gobierno de Suiza reconoció su responsabilidad por falta de diligencia debida para prevenir el accidente mediante la reglamentación adecuada de sus industrias farmacéuticas¹².

6) En el asunto Alabama (Estados Unidos c. Reino Unido), el tribunal examinó dos definiciones diferentes de diligencia debida presentadas por las partes. Los Estados Unidos definieron la diligencia debida en los términos siguientes:

"[Una] diligencia proporcional a la magnitud del tema y a la dignidad y fuerza de la Potencia que ha de ejercerla; una diligencia que mediante el uso de la vigilancia activa y de todos los demás medios en poder del neutral, a través de todas las etapas de la transacción, impedirá que su suelo sea violado. Una diligencia que de igual manera disuadirá a los hombres de cometer actos de guerra en el suelo del neutral contra su voluntad ..."¹³

7) El Reino Unido definió la diligencia debida "el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos"¹⁴. Parece que el tribunal hizo suya la definición más amplia de la norma de diligencia debida presentada por los Estados Unidos y expresó su preocupación acerca de la "norma nacional" de diligencia debida presentada por el Reino Unido. El tribunal declaró que "la posición inglesa parecía también reducir los deberes internacionales de un gobierno al ejercicio de las facultades restrictivas que le confería el derecho interno, y pasar por alto la obligación del neutral de modificar sus leyes cuando eran insuficientes"¹⁵.

8) El alcance y el grado de la obligación de diligencia debida fueron desarrollados también por Lord Atkin en el asunto Donoghue c. Stevenson en los siguientes términos:

¹¹ Véanse el Principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982), y el Principio VI del proyecto relativo a la modificación meteorológica, preparado por la OMS y por el PNUMA, en Digest of United States Practice in International Law, 1978, pág. 1205.

¹² Véase el New York Times de 11 de noviembre de 1986, pág. A 1; de 12 de noviembre de 1986, pág. A 8; de 13 de noviembre de 1986, pág. A 3. Véase también Alexandre Kiss, "'Tchernobale' ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques", en Annuaire Français de Droit International, vol. 33, 1987, págs. 719 a 727.

¹³ The Geneva Arbitration (The Alabama case) en J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. I, 1898, págs. 572 y 573.

¹⁴ Ibíd., pág. 612.

¹⁵ Ibíd.

"La norma de que hay que amar al prójimo se convierte, en derecho, en el deber de no dañar al vecino; y la pregunta del jurista: "¿quién es mi vecino?" recibe una respuesta restringida. Hay que tener cuidado razonable en evitar actos u omisiones respecto de los cuales quepa razonablemente prever que pueden perjudicar al vecino. ¿Quién es, pues, en derecho, mi vecino? La respuesta parece ser: toda persona afectada tan de cerca y tan directamente por mis actos que razonablemente debo tenerla en consideración como persona así afectada cuando pienso en los actos y omisiones cuestionados."¹⁶

9) En el contexto de los presentes artículos la diligencia debida se manifiesta en los esfuerzos razonables por parte del Estado para informarse de los componentes de hecho o de derecho que se relacionan previsiblemente con un procedimiento futuro y tomar en momento oportuno las medidas apropiadas para hacerles frente. Así, pues, los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo causado por las actividades a que se refiere el artículo 1. Esas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir o aminorar el riesgo de daño transfronterizo y, segundo, aplicar esas políticas. Estas se expresan en la legislación y en los reglamentos administrativos y se aplican mediante diversos mecanismos.

10) La Comisión estima que la norma de diligencia debida con la cual debe contrastarse la conducta de un Estado es lo que generalmente se considera apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en el caso de que se trate. Por ejemplo, las actividades que pueden considerarse ultrapeligrosas requieren un grado de cuidado mucho mayor al formular políticas y un grado mucho mayor de vigor por parte del Estado para aplicarlas. Cuestiones como el tamaño de la operación, su ubicación, las condiciones climáticas especiales, los materiales utilizados en la actividad, y la razonable idoneidad de las conclusiones sacadas de la aplicación de estos factores en un caso concreto figuran entre los factores que han de considerarse para determinar la existencia del requisito de la diligencia debida en cada caso. La Comisión también cree que lo que se consideraría como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. En consecuencia, la diligencia debida al garantizar la seguridad requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y de la evolución científica.

11) La Comisión toma nota del Principio 11 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que dice así:

"Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y

¹⁶ [1932] A.C., pág. 580 (H.L. (Sc)).

representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo."¹⁷

12) Se encuentra una terminología parecida en el Principio 23 de la Declaración de Estocolmo. No obstante, en ese Principio se especifica que dichas normas internas han de entenderse "sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional"¹⁸. A juicio de la Comisión, el nivel económico de los Estados es uno de los factores que han de tenerse en cuenta al determinar si un Estado ha cumplido su obligación de diligencia debida. Pero el nivel económico del Estado no puede utilizarse para exonerar a éste de la obligación que le imponen esos artículos.

13) El Estado tiene la obligación, en primer lugar, de tratar de formular políticas y de aplicarlas con la finalidad de prevenir el daño transfronterizo sensible. Si ello no es posible, la obligación consiste entonces en tratar de aminorar el riesgo de ese daño. A juicio de la Comisión, la palabra "aminorar" debe entenderse en este contexto en el sentido de perseguir la meta de reducir al punto más bajo la posibilidad de daño.

Artículo 4

Cooperación

Los Estados de que se trata cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales para prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

Comentario

1) El principio de cooperación entre los Estados es esencial para trazar y aplicar políticas eficaces destinadas a prevenir o minimizar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles. El requisito de la cooperación de los Estados se extiende a todas las etapas de la planificación y la aplicación. En el Principio 24 de la Declaración de Estocolmo y en el Principio 7 de la Declaración de Río se reconoce que la cooperación es un elemento esencial de toda planificación eficaz para la protección del medio ambiente. Se han previsto formas más concretas de cooperación en los artículos subsiguientes. En ellos se prevé la participación del Estado probablemente afectado, que es indispensable para aumentar la eficacia de cualquier medida preventiva. Este último Estado puede saber mejor que nadie qué características de la actividad de que se trate pueden ser más perjudiciales para él o qué zonas de su territorio cercanas a la frontera pueden verse más afectadas por los efectos transfronterizos de la actividad, como un ecosistema especialmente vulnerable, etc.

¹⁷ Supra, nota 15.

¹⁸ Supra, nota 4.

2) El artículo requiere que los Estados interesados cooperen de buena fe. El párrafo 2 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que todos los Miembros "cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta". En los preámbulos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la Convención sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados se declara que el principio de buena fe está universalmente reconocido. Además, en el artículo 26 y en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se reconoce el lugar esencial de este principio en la estructura de los tratados. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los Ensayos nucleares se refiere al alcance de la aplicación de la buena fe. En ese asunto la Corte proclamó que "uno de los principios fundamentales que rigen la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual fuere su fuente, es el principio de buena fe"¹⁹. Este dictamen de la Corte implica que la buena fe se aplica también a los actos unilaterales²⁰. Ciertamente el principio de buena fe abarca "toda la estructura de las relaciones internacionales"²¹.

3) El tribunal de arbitraje establecido en 1985 entre el Canadá y Francia sobre las controversias relativas al fileteado en el buque La Bretagne dentro del golfo de San Lorenzo sostuvo que el principio de buena fe era uno de los elementos que ofrecían garantía suficiente contra cualquier riesgo de que una parte ejerciera sus derechos de manera abusiva²².

4) Las palabras "los Estados interesados" que figuran en el artículo se refieren al Estado de origen y al Estado o los Estados probablemente afectados. Si bien se alienta a cooperar a otros Estados que estén en condiciones de contribuir a los fines de estos artículos, no tienen obligación legal alguna de hacerlo.

5) El artículo dispone que los Estados, según sea necesario, recabarán la ayuda de una o más organizaciones internacionales para cumplir sus obligaciones preventivas expuestas en estos artículos. Los Estados sólo lo harán así cuando se considere necesario. Las palabras según sea necesario tienen por objeto tener en cuenta varias posibilidades, incluidas las siguientes:

6) En primer lugar, la asistencia de las organizaciones internacionales puede no ser apropiada o necesaria en todos los casos en que se trate de la prevención o minimización del riesgo de daño transfronterizo. Por ejemplo, el Estado de origen o el Estado probablemente afectado pueden ser Estados tecnológicamente

¹⁹ Caso de los Ensayos nucleares (Australia c. Francia) (Orden del 22 de junio de 1973, I.C.J. Reports 1973, pág. 268.

²⁰ Véase M. Virally, reseña del ensayo de E. Zoller, La Bonne Foi en Droit International Public, 1977, en American Journal of International Law, vol. 77, pág. 130.

²¹ Véase R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law Concerning friendly Relations: A Survey", American Journal of International Law, vol. 65, pág. 734.

²² International Law Reports, vol. 82, pág. 614.

avanzados y tener la misma o incluso mayor capacidad técnica que las organizaciones internacionales para prevenir o minimizar el riesgo de un daño transfronterizo sensible. Evidentemente, en tales casos no hay obligación de recabar asistencia de las organizaciones internacionales.

7) En segundo lugar, el término "organizaciones internacionales" hace referencia a las organizaciones que son importantes y están en condiciones de prestar ayuda en esta materia. Incluso con el creciente número de organizaciones internacionales no cabe suponer que habrá necesariamente una organización internacional con la capacidad necesaria para un determinado caso.

8) En tercer lugar, aun cuando existan organizaciones internacionales importantes, sus constituciones pueden prohibirles responder a esas peticiones de los Estados. Por ejemplo, en el caso de algunas organizaciones se les puede exigir (o permitir) que respondan a peticiones de asistencia sólo de sus Estados miembros o pueden operar bajo otros impedimentos constitucionales. Evidentemente, no se pretende imponer a las organizaciones internacionales ninguna obligación de responder a peticiones de asistencia en virtud de este artículo.

9) En cuarto lugar, pueden formular peticiones de asistencia a las organizaciones internacionales uno o más Estados interesados. El principio de cooperación significa que es preferible que esas peticiones sean hechas por todos los Estados interesados. Sin embargo, el hecho de que todos los Estados interesados no recaben la asistencia necesaria no exonera a los distintos Estados de la obligación de recabar asistencia. Por supuesto, la respuesta y el tipo de participación de una organización internacional en los casos en que la petición haya sido presentada por un Estado solamente dependerá de la naturaleza de la petición, el tipo de asistencia de que se trate, el lugar donde la organización tendría que prestar esa asistencia, etc.

Artículo 5

Aplicación

Los Estados adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias, incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados, para aplicar las disposiciones de los presentes proyectos de artículo.

Comentario

1) El presente artículo enuncia lo que cabría pensar que es evidente, a saber, que, al hacerse parte en los presentes artículos, los Estados están obligados a adoptar las medidas de aplicación necesarias, ya sean legislativas, administrativas o de otra índole. Se ha incluido aquí el artículo 5 para subrayar la naturaleza permanente de los artículos, que exige que de vez en

cuando se adopten medidas para prevenir o minimizar el riesgo de daños transfronterizos derivados de actividades a las que se aplican los artículos²³.

2) Decir que los Estados deben adoptar las medidas necesarias no significa que deban ellos mismos intervenir en las cuestiones operacionales relativas a las actividades a las que se aplica el artículo 1. Cuando esas actividades son desarrolladas por particulares o empresas, la obligación del Estado se limita a establecer el marco normativo adecuado y a aplicarlo de conformidad con el presente proyecto de artículos. La aplicación de ese marco normativo en cada caso concreto será entonces cuestión de administración ordinaria o, en el caso de controversias, incumbirá a los tribunales competentes, asistidos del principio de no discriminación contenido en el artículo 16.

Artículo 6

Relación con otras normas de derecho internacional

Las obligaciones establecidas en virtud de los presentes proyectos de artículo se entenderán sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas consuetudinarias de derecho internacional.

Comentario

1) Se ha subrayado ya que los presentes proyectos de artículos únicamente se aplican a actividades no prohibidas por el derecho internacional, con independencia de que esa prohibición se manifieste en relación con el desarrollo de la actividad o debido a sus efectos prohibidos. La aplicación del presente proyecto de artículos tiene carácter residual. Únicamente se aplica en situaciones en las que no rige una norma o régimen internacional más específico.

2) Así pues, el artículo 6 tiene por objeto poner de la manera más clara que los presentes artículos se entiendan sin perjuicio de la existencia, aplicación o efecto de cualquier obligación de los Estados en virtud del derecho internacional relativa a una acción u omisión a la que de otro modo - es decir, si no existiera tal obligación - cabría pensar que se aplicara. Se deriva de

²³ El presente artículo es análogo al párrafo 2 del artículo 2 de la Convención sobre la evaluación de las consecuencias ambientales en un contexto transfronterizo, que dice: "Cada Parte adoptará las necesarias medidas jurídicas, administrativas o de otra índole para poner en práctica las disposiciones de la presente Convención, incluido, con respecto a las actividades propuestas enumeradas en el apéndice I que son susceptibles de originar consecuencias transfronterizas perjudiciales en grado considerable, el establecimiento de un procedimiento de evaluación de las consecuencias ambientales que permita la participación del público y la preparación de la documentación de evaluación de las consecuencias ambientales descrita en el apéndice II". Supra, nota 8.

ello que no debe inferirse del hecho de que una actividad quede incluida en el ámbito aparente de los presentes proyectos de artículos la existencia o inexistencia de cualquier otra norma de derecho internacional, incluida cualquier norma primaria vigente en el campo del derecho de la responsabilidad de los Estados, respecto de la actividad en cuestión o de sus posibles o reales efectos transfronterizos. La referencia en el artículo 6 a cualquier otra obligación de los Estados quiere abarcar tanto las obligaciones estipuladas por tratados como las obligaciones de derecho internacional consuetudinario. Igualmente quiere abarcar las normas de aplicación particular - ya se trate de una región determinada o de una actividad especificada - y las normas de alcance universal o general. Se pone así más de manifiesto el carácter de fondo de los presentes artículos.

Artículo 7

Autorización previa

1. Se requerirá la autorización previa de un Estado para que se lleven a cabo en su territorio, o de cualquier otro modo bajo su jurisdicción o control, actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de los presente proyectos de artículo, así como para cualquier cambio importante en una actividad así autorizada. Dicha autorización se requerirá también en el caso de que se proyecte efectuar algún cambio que pueda transformar alguna actividad en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes proyectos de artículo.
2. El requisito de la autorización que deba obtener el Estado será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes proyectos de artículo.
3. En el caso de que no se observen los requisitos de la autorización, el Estado que la otorga tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluida cuando sea necesario, la revocación de la autorización.

Comentario

- 1) Este artículo establece el principio fundamental de que se requiere la autorización previa de un Estado para realizar actividades que impliquen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control. La palabra "autorización" significa la concesión por las autoridades gubernamentales del permiso necesario para realizar una de las actividades a que se refieren esos artículos. Los Estados son libres de escoger la forma que haya de adoptar esa autorización.
- 2) La Comisión opina que el requisito de autorización obliga a un Estado a determinar si una actividad con posible riesgo de causar un daño transfronterizo sensible se está realizando en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, y que ese Estado debe tomar las medidas que se indican en estos artículos. Este artículo obliga a los Estados a desempeñar un papel más responsable y activo en la reglamentación de las actividades que se realizan en su territorio o bajo su jurisdicción o control con riesgo de daño

transfronterizo sensible. La Comisión toma nota, a este respecto, de que el tribunal de arbitraje del caso de la Fundición de Trail sostuvo que el Canadá tenía "la obligación ... de velar por que esa conducta se ajustara a la obligación que, como aquí se determina, tenía el Dominio con arreglo al derecho internacional"²⁴. El tribunal mantuvo que, en particular, "debe exigirse de la Fundición de Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington"²⁵. En opinión de la Comisión, el artículo 7 es compatible con ese requisito.

3) La Corte Internacional de Justicia en el asunto del Estrecho de Corfú mantuvo que todo Estado tiene la obligación de "no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados"²⁶.

4) Las palabras "en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control" están tomadas del artículo 2. Las palabras "actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes proyectos de artículo" enuncian todos los requisitos del artículo 1 para que una actividad quede incluida en el ámbito del proyecto de artículos.

5) Como se dispone al final de la primera oración del párrafo 1 del artículo 7, se requerirá asimismo esa autorización para cualquier cambio importante que se proyecte en una de las actividades a que se refiere el artículo 1, siempre que ese cambio pueda agravar el riesgo o modificar su naturaleza o alcance. La segunda frase del párrafo 1 se refiere a aquellas situaciones en que se proyecta un cambio importante en la realización de una actividad que, sin ese cambio, es inocua, pero que el cambio proyectado transformaría en una de las actividades que crea un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Para efectuar ese cambio se requeriría también la autorización del Estado.

6) El párrafo 2 del artículo 7 hace hincapié en que, una vez que un Estado adopta el régimen contenido en estos artículos, el requisito de la autorización será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. La Comisión tiene conciencia de que podría no ser razonable exigir que los Estados que asuman las obligaciones impuestas por estos artículos las apliquen de inmediato respecto de actividades existentes. En esos casos, podría requerirse un período adicional para que el explotador de la actividad diera cumplimiento al requisito de la autorización. La Comisión opina que debe dejarse al arbitrio del Estado de origen la decisión de si la actividad debe suspenderse a la espera de la autorización o si puede continuar mientras el explotador realiza los trámites para obtenerla. En el caso de que el Estado de origen deniegue la autorización, se supone que el Estado de origen suspenderá la actividad.

²⁴ Supra, nota 7 bis, págs. 1965 y 1966.

²⁵ Ibíd., pág. 1966.

²⁶ Caso del Estrecho de Corfú (fundamentos) (Reino Unido c. Albania), I.C.J. Reports.

7. El párrafo 3 del artículo 7 establece las consecuencias cuando el explotador no cumple con el requisito de la autorización. El Estado de origen, que es el principal responsable de vigilar esas actividades, tiene suficiente flexibilidad para asegurar que el explotador cumpla los requisitos establecidos. Cuando corresponda, ese Estado podrá retirar la autorización y, de esta forma, impedir que se realice esa actividad.

Artículo 8

Evaluación de los efectos

1. Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes proyectos de artículo deberá basarse en una evaluación de los posibles daños transfronterizos causados por esa actividad.

Comentario

1) En virtud del artículo 8, todo Estado, antes de conceder la autorización necesaria a los encargados de la realización de una de las actividades a que se refiere el artículo 1, debería velar por que se proceda a determinar el riesgo de que esa actividad pueda causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permite al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar. La Comisión opina que, dado que estos artículos están destinados a tener una aplicación mundial, no pueden ser demasiado detallados. Deben contener únicamente aquellos elementos que sean necesarios para su mayor claridad.

2) La evaluación de las consecuencias en el caso de la Fundición de Trail quizá no guarde relación directa con la responsabilidad del riesgo, pero recalca la importancia de evaluar las consecuencias de una actividad que entrañe riesgos sensibles. En dicho caso el tribunal indicó que el estudio realizado por conocidos científicos de reconocida reputación era "probablemente el más concienzudo de los hasta el momento efectuados en cualquier sector sometido a la contaminación atmosférica causada por humos industriales"²⁷.

3) El requisito que se establece en el artículo 8 está en plena consonancia con el Principio 17 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que prevé también la realización de una evaluación del impacto ambiental de las actividades que probablemente hayan de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente:

"Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio

²⁷ Supra, nota 7 bis, págs. 1973 y 1974.

ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente." ²⁸

El requisito de evaluación de los efectos negativos de una actividad se ha incluido de distintas formas en muchos acuerdos internacionales²⁹. El caso más notable es el de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, que está íntegramente consagrada al procedimiento de realización de la evaluación ambiental y al contenido de ésta³⁰.

4) La cuestión de quién debe llevar a cabo la determinación del riesgo se deja a la discreción de los Estados; normalmente es efectuada por operadores que se atienen a ciertas directrices establecidas por los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados sobre la base de su legislación interna o los instrumentos internacionales aplicables. No obstante,

²⁸ Supra, nota 1.

²⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 205 y 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nota 4 supra; el artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, nota 4 supra; el artículo 8 del Protocolo (al Tratado Antártico) sobre la Protección del Medio Ambiente, de 4 de octubre de 1991, International Legal Materials, vol. 30, pág. 1461; los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 5 de junio de 1992, documento DPI/1307; el artículo 14 del Acuerdo de la ASEAN sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, de 9 de julio de 1985, en PNUMA, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, pág. 343; el Convenio de Noumea para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico Sur, de 24 de noviembre de 1986, International Legal Materials, vol. 26, pág. 38; el artículo XI del Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, de 24 de abril de 1978, Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1046, pág. 120, supra; y el Convenio Regional de Jeddeh para la conservación del medio ambiente del Mar Rojo y el Golfo de Adén, de 14 de febrero de 1982, en PNUMA, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, pág. 144. En algunos tratados, el requisito de evaluación de las consecuencias se encuentra implícito. Tal es, por ejemplo, el caso de los dos tratados multilaterales relativos a sistemas de comunicaciones, que exigen que sus signatarios utilicen sus instalaciones de modo que no ocasionen interferencias en las instalaciones de otros Estados Partes. El párrafo 2 del artículo 10 de la Convención Radiotelegráfica Internacional de 1927 exige que las Partes en la Convención establezcan y exploten sus estaciones de manera que no perturben las comunicaciones radioeléctricas de otros Estados contratantes o de personas autorizadas por éstos. Sociedad de las Naciones, Recueil des Traités, vol. LXXXIV, pág. 97. También la Convención Internacional relativa al empleo de la radiodifusión en interés de la paz, de 1936, prohíbe las emisiones a otro Estado de informaciones destinadas a incitar a la población a actos contrarios al orden interno o a la seguridad de ese Estado, ibíd., vol. CLXXXVI, pág. 301.

³⁰ Supra, nota 8.

se supone que el Estado designará una autoridad, gubernamental o no gubernamental, que examine la evaluación en nombre del gobierno, y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad.

5) El artículo no especifica cuál debería ser el contenido de la determinación del riesgo. Es evidente que la determinación del riesgo de una actividad no puede llevarse eficazmente a cabo más que en tanto en cuanto relacione el riesgo con el posible daño que de éste pueda derivarse. La mayor parte de las convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes no especifican el contenido de la determinación. Hay excepciones, como la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, que detalla el contenido de esa evaluación³¹. La resolución 37/217 de la Asamblea General, de 24 de marzo de 1983, sobre cooperación

³¹ El artículo 4 de la Convención dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado Parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II de la propia Convención. En ese apéndice se enumeran los nueve puntos siguientes:

Contenido del Expediente de Evaluación del Impacto
sobre el Medio Ambiente

Datos mínimos que deben incluirse en el expediente de evaluación del impacto ambiental en virtud del artículo 4:

- a) Descripción de la actividad proyectada y de su objeto;
- b) Descripción, si procede, de las soluciones de sustitución (por ejemplo en lo concerniente al lugar de implantación o a la tecnología) que puedan razonablemente considerarse, sin omitir la opción "cero";
- c) Descripción del medio ambiente que es probable que se vea sensiblemente afectado por la actividad proyectada y las soluciones de sustitución;
- d) Descripción del impacto que la actividad proyectada y las soluciones de sustitución pueden tener en el medio ambiente y estimación de su importancia;
- e) Descripción de las medidas correctivas destinadas a reducir en lo posible el impacto negativo en el medio ambiente;
- f) Indicación precisa de los métodos de previsión y de las hipótesis de base seleccionadas, así como de los datos ambientales pertinentes utilizados;
- g) Inventario de las lagunas en los conocimientos y de las incertidumbres comprobadas en la compilación de los datos requeridos;
- h) Cuando proceda, resumen de los programas de control y gestión y de los planes que puedan existir para análisis ulteriores;
- i) Resumen no técnico con inclusión, si fuere necesario, de una presentación visual (mapas, gráficos, etc.).

internacional en lo relativo al medio ambiente se refiere también al contenido de la evaluación en relación con la conclusión No. 8 del estudio concerniente a la minería y las perforaciones que se llevan a cabo frente a las costas³².

6) La opinión dominante en la Comisión es que es conveniente dejar al derecho interno del Estado que efectúe la evaluación la determinación detallada del contenido de ésta. A los fines del artículo 8, sin embargo, esa evaluación debería contener por lo menos una estimación de las posibles consecuencias transfronterizas negativas de la actividad. Con arreglo al artículo 10, el Estado de origen tendrá que transmitir la evaluación del riesgo a los Estados que puedan estar sufriendo daños como resultado de la actividad. Para que esos Estados puedan evaluar el riesgo a que están expuestos, tienen que saber qué posibles efectos perjudiciales puede tener la actividad para ellos, así como las probabilidades de que ese daño se produzca.

7) La evaluación incluirá los efectos de la actividad, no sólo sobre las personas y los bienes, sino también sobre el medio ambiente de otros Estados. La Comisión está convencida de la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes.

8) Este artículo no obliga a los Estados a exigir una determinación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control. Las actividades que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible tienen características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles son las que pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de estos artículos. Así por ejemplo, el tipo de fuente de energía utilizada en la fabricación, la ubicación de la actividad y su proximidad a la zona fronteriza, etc., son todos indicios de la posibilidad de que esa actividad esté comprendida en el ámbito de estos artículos. Existen ciertas sustancias que algunas convenciones enumeran como peligrosas o arriesgadas y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo denunciar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible³³. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen

³² Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 51 (A/37/51).

³³ Por ejemplo, el Convenio sobre la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres, de 1974, establece en su artículo 4 la obligación de las partes de eliminar o reducir la contaminación ambiental causada por ciertas sustancias, y contiene en el anexo la lista de éstas, PNUMA, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Ref. Series 3, 1983, pág. 430. Análogamente, el Convenio para la protección del medio marino de la zona del mar Báltico, de 1992, incluye una lista de sustancias peligrosas en el anexo I y de sustancias y materiales nocivos en el anexo II, haciendo constar que los depósitos de esas sustancias están prohibidos o estrictamente limitados, [IMO 1] LDC.2/Circ.303. Véase también el Protocolo del Convenio de 1976 para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, *ibíd.*; y la Convención relativa a la protección del Rin contra la contaminación química de 1976, en Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1124, pág. 375.

perjudiciales y que puede, por lo tanto, que deban ser consideradas como incluidas dentro del ámbito de estos artículos³⁴.

Artículo 9

Información al público

Los Estados deberán proporcionar, por los medios que consideren apropiados, al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes proyectos de artículo, la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y los daños que puedan resultar de ella, y consultarán su opinión.

Comentario

- 1) El artículo 9 requiere que los Estados, en la medida de lo posible y por los medios que corresponda, faciliten al público que pueda resultar afectado, de su propio Estado o de otros Estados, información relativa al riesgo que entraña y a los daños que pudieran derivarse de una actividad sometida a autorización, con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados a) que faciliten información a su opinión pública sobre la actividad, y sobre el riesgo que supone y los daños y, b) que averigüen la opinión del público. Naturalmente, está claro que la idea de facilitar información al público tiene por objeto que éste pueda informarse para luego conocer su opinión. Sin este segundo paso, se anularía el efecto del artículo.
- 2) Los datos que han de facilitarse al público comprenden la información sobre la propia actividad, así como sobre la naturaleza y el alcance del riesgo, y los daños que comporta. Esa información figura en los documentos que acompañan a la notificación prevista en el artículo 10 o en la evaluación que efectúe el Estado que puede resultar afectado, de conformidad con el artículo 13.
- 3) Este artículo se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional en general y del derecho ambiental en particular, que tratan de hacer

³⁴ Véase, por ejemplo, el anexo I de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 1991, convención en la que se enumeran como posiblemente peligrosas para el medio ambiente y sometidas al requisito de evaluación del impacto ambiental con arreglo a la Convención, actividades tales como las refinerías de petróleo, las centrales térmicas, las instalaciones para la producción de combustibles nucleares enriquecidos, etc., International Legal Materials, supra, nota 8; y el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993, instrumento que enumera entre tales actividades el establecimiento de instalaciones o lugares para la eliminación parcial o total de desechos sólidos o líquidos mediante su incineración en tierra o en el mar, instalaciones o lugares para la degradación termal de desechos sólidos, gaseosos o líquidos mediante la reducción de oxígeno, etc. Esta Convención contiene también una lista de sustancias peligrosas en su anexo I, European Treaty Series, No. 150.

participar, en la toma de decisiones, a las personas cuyas vidas, salud, bienes y ambiente puedan resultar afectados, dándoles la oportunidad de exponer sus opiniones y de ser oídas por los encargados de adoptar las decisiones definitivas.

4) El Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones como sigue:

"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."³⁵

5) Otros acuerdos jurídicos internacionales recientes sobre cuestiones ambientales han requerido de los Estados que faciliten al público información y le den la oportunidad de participar en la toma de decisiones. A este respecto, son pertinentes los párrafos 1 y 2 del artículo VII del Código de Conducta sobre Contaminación Accidental de Aguas Interiores Transfronterizas:

"1. Con objeto de promover una toma de decisiones con conocimiento de causa por las autoridades centrales, regionales o locales en las deliberaciones relativas a la contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas, los países deberían facilitar la participación del público que pueda ser afectado en las audiencias e investigaciones preliminares y la formulación de objeciones a las decisiones propuestas, así como la presentación de recursos y la representación en los procedimientos administrativos y judiciales.

2. Los países en que se produzca un incidente deberían adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar a las personas físicas y jurídicas expuestas a un riesgo importante de contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas información suficiente para que puedan ejercer los derechos que les conceda la legislación nacional de conformidad con los objetivos del presente Código."³⁶

Asimismo, el artículo 16 del Convenio sobre la Protección y Utilización de Cursos de Agua Transfronterizos y Lagos Internacionales³⁷; el párrafo 8 del

³⁵ Supra, nota 1.

³⁶ Supra, nota 7.

³⁷ Supra, nota 10.

artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo³⁸; el artículo 17 del Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico³⁹ y el artículo 6 de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático⁴⁰ disponen que se informe al público.

6) Hay muchas modalidades de participación en la toma de decisiones. El examen de los datos y de la información sobre las que se tomarán las decisiones y la oportunidad de confirmar o rechazar la exactitud de los datos, el análisis y las consideraciones de orden político ya sea por medio de tribunales administrativos o judiciales, o de grupos de ciudadanos interesados, son algunas de las maneras de participar en la toma de decisiones. A juicio de la Comisión, esta forma de participación del público contribuye a propiciar los esfuerzos para impedir los daños ambientales y transfronterizos.

7) La obligación prevista en el artículo 9 se limita con la frase "por los medios que corresponda", que tienen por objeto confiar la manera de facilitar esa información a los Estados, a las normas de su derecho interno y a la política del Estado en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de facilitarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los organismos públicos, las autoridades locales, etc. En el caso del público ubicado fuera de las fronteras del Estado, la información se puede proporcionar, si corresponde, usando los buenos oficios del Estado de que se trate, si la comunicación directa no fuera factible o práctica.

8) Asimismo, el Estado que pueda resultar afectado, tras recibir la notificación e información del Estado de origen, informará, por los medios que corresponda, a aquel sector de su público que pueda ser perjudicado antes de responder a la notificación.

Artículo 10 [13]

Notificación e información

1. Si la evaluación a que se refiere el artículo 8 indica que existe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá, antes de que se tome una decisión sobre la autorización de la actividad, hacer la oportuna notificación al respecto a los Estados que pueden resultar afectados y les transmitirá la información técnica disponible y demás información pertinente en que se base la evaluación.

2. Los Estados que puedan resultar afectados deberán presentar su respuesta dentro de un plazo razonable.

³⁸ Supra, nota 8.

³⁹ Supra, nota 35.

⁴⁰ International Legal Materials, vol. 31, pág. 851.

Comentario

1) El artículo 10 trata del caso de que la evaluación realizada por un Estado, de conformidad con el artículo 8, indique que la actividad prevista supone un riesgo real de causar daños transfronterizos sensibles. Este artículo, junto con los artículos 9, 11, 13 y 14, establece un conjunto de procedimientos esencial para equilibrar los intereses de todos los Estados interesados, dándoles una oportunidad razonable de encontrar la forma de realizar la actividad adoptando medidas satisfactorias y razonables destinadas a prevenir o aminorar los daños transfronterizos.

2) El artículo 10 obliga al Estado a notificar a los otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad prevista. Las actividades incluidas son tanto las proyectadas por el propio Estado como por entidades privadas. El requisito de la notificación es parte indispensable de cualquier sistema orientado a prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos.

3) La obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles a que estén expuestos se recogió en el asunto del Estrecho de Corfú, en que la Corte Internacional de Justicia dijo que la obligación de advertir se basaba en "consideraciones elementales de humanidad"⁴¹. Este principio está reconocido en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales y, en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales y, en el contexto citado, se encuentra incorporado en algunos acuerdos internacionales, decisiones de cortes y tribunales internacionales, declaraciones y resoluciones aprobados por organizaciones intergubernamentales, conferencias y reuniones, y estudios de organizaciones intergubernamentales e internacionales⁴².

4) Además de en la utilización de los cursos de agua internacionales, el principio de la notificación está reconocido también con respecto a otras actividades de efectos transfronterizos. Por ejemplo, en el artículo 3 de la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo⁴³ y en los artículos 3 y 10 de la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales⁴⁴. El Principio 19 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo habla de la notificación oportuna:

⁴¹ Supra, nota 26, pág. 22.

⁴² Por lo que se refiere a los tratados que se ocupan de la notificación previa y el intercambio de información con respecto a los cursos de agua, véase el comentario al artículo 12, "Notificación de las medidas proyectadas que pueden causar un efecto perjudicial" del proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/49/10), pág. 236.

⁴³ El artículo 3 de esta Convención establece un complejo sistema de notificación, supra, nota 8.

⁴⁴ International Legal Materials, vol. 31, pág. 1333.

"Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe."⁴⁵

5) El procedimiento de notificación se ha definido en algunas resoluciones de la OCDE. Por ejemplo, con respecto a algunas sustancias químicas, la resolución C(71)73 de la OCDE, de 18 de mayo de 1971, determina que todo Estado miembro recibirá una notificación antes de que cualquier otro Estado miembro adopte las medidas que proyecte con respecto a sustancias que tengan efectos perjudiciales en el hombre o el medio ambiente, cuando esas medidas puedan producir efectos sensibles en la economía y el comercio de otros Estados⁴⁶. La resolución C(74)224 de la OCDE, de 14 de noviembre de 1974, sobre los "Principios relativos a la contaminación transfronteriza", en su principio sobre información y consulta requiere la notificación y consulta antes de realizar cualquier actividad que pueda crear un riesgo de contaminación transfronteriza sensible⁴⁷.

6) El principio de la notificación está ampliamente asentado en el caso de emergencias ambientales. El Principio 18 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴⁸, el artículo 198 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁴⁹, el artículo 2 de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares⁵⁰; el apartado d) del párrafo 1 y el párrafo 3 del artículo 14 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica⁵¹ y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos⁵² exigen todos la notificación.

7) De conformidad con el párrafo 1, cuando la evaluación revele riesgo de causar daños transfronterizos sensibles, el Estado que se proponga realizar esa actividad tendrá la obligación de notificar a los Estados que puedan resultar afectados. Esa notificación deberá ir acompañada de la información técnica disponible en que la evaluación se base. La referencia hecha a la información técnica "disponible" y otra información pertinente tiene por objeto indicar que la obligación del Estado de origen se limita a comunicar la información técnica y de otra índole obtenida en relación con la actividad. Esa información se

⁴⁵ Supra, nota 1.

⁴⁶ OCDE, OECD and the Environment, 1986, pág. 89, párrafo 4 del anexo.

⁴⁷ Ibíd., pág. 142.

⁴⁸ Supra, nota 1.

⁴⁹ Supra, nota 4.

⁵⁰ International Legal Materials, vol. 25, pág. 1369.

⁵¹ Supra, nota 29.

⁵² International Legal Materials, vol. 30, pág. 735.

obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad de conformidad con el artículo 8. El párrafo 1 supone que la información técnica resultante de la evaluación comprende no sólo lo que podría llamarse datos brutos, es decir, hojas de datos, estadísticas, etc., sino también el análisis de la información utilizada por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos.

8) Los Estados pueden decidir libremente cómo quieren informar a los Estados que puedan resultar afectados. En general, se supone que los Estados se pondrán en contacto con los otros Estados directamente, por cauces diplomáticos. Si no hay relaciones diplomáticas, los Estados podrán notificar a los otros Estados por medio de un tercer Estado.

9) El párrafo 1 también se ocupa del caso en que el Estado de origen, a pesar de todos sus esfuerzos y de su diligencia, no pueda identificar, antes de autorizar la actividad, a todos los Estados que puedan resultar afectados y esa información llegue a su conocimiento solamente después de haber emprendido la actividad. De conformidad con ese párrafo, el Estado de origen, en tales casos, estará obligado a hacer la notificación tan pronto como la información llegue a su conocimiento y tenga oportunidad de determinar, en un plazo razonable, si hay otros Estados que puedan resultar afectados por la actividad.

10) El párrafo 2 trata de la necesidad de que los Estados de que se trate respondan en un plazo razonable. La determinación de lo que es un "plazo razonable" depende de varios factores. Por lo general, es un plazo que permite a los Estados interesados evaluar los datos correspondientes y sacar sus propias conclusiones. Este requisito está supeditado a la cooperación y la buena fe.

Artículo 11

Consultas sobre las medidas preventivas

1. Los Estados de que se trata celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con miras a encontrar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir y minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible.

2. Los Estados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 12.

3. Si las consultas a que se refiere el párrafo 1 no conducen a una solución acordada, el Estado de origen, si decide autorizar que la actividad se realice por su cuenta y riesgo, deberá tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.

Comentario

1) El artículo 11 requiere que los Estados interesados, es decir el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados, se consulten para acordar

medidas destinadas a prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles. Según el momento en que se invoque el artículo 11, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización.

2) En este artículo la Comisión ha intentado mantener el equilibrio entre dos consideraciones igualmente importantes. En primer lugar, el artículo trata de actividades no prohibidas por el derecho internacional y que normalmente son importantes para el desarrollo económico del Estado de origen. Pero, en segundo lugar, no sería equitativo para los demás Estados permitir que esas actividades se realizaran sin consultar con ellos y sin adoptar medidas preventivas apropiadas. Por tanto, el artículo no establece una simple formalidad que el Estado de origen tenga que cumplir sin el propósito real de llegar a una solución aceptable para los demás Estados, ni tampoco el derecho de veto para los Estados que puedan resultar afectados. Para mantener el equilibrio, el artículo prescribe la manera y la finalidad de las consultas entre las partes. Las partes deben consultarse de buena fe y tener en cuenta los legítimos intereses de cada una. Las partes han de consultarse con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que han de adoptarse para prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles.

3) A juicio de la Comisión, el principio de la buena fe es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación. La obligación de consultar y negociar sinceramente y de buena fe se reconoció en el laudo del asunto del Lago Lanós en el que el tribunal declaró que:

"Las consultas y negociaciones entre los dos Estados deben ser sinceras, deben cumplir las normas de la buena fe y no deben ser simples formalidades. Las normas de la razón y la buena fe son aplicables a los derechos y obligaciones de procedimiento relativos al uso compartido de los ríos internacionales."⁵³

4) En lo que respecta a esta cuestión concreta de la buena fe, la Comisión se basa también en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia). En este fallo la Corte declaró que "su tarea consistirá en celebrar negociaciones de manera que cada parte tenga de buena fe razonablemente en cuenta los derechos de la otra"⁵⁴. La Comisión considera también pertinente para este artículo la decisión de la Corte en los asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos)⁵⁵ sobre la manera en que deben celebrarse negociaciones. En esos casos la Corte declaró lo siguiente:

⁵³ Supra, nota 7 bis.

⁵⁴ Asunto de la competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia), fallo del 25 de julio de 1974, C.I.J. Recueil, 1974, párr. 78.

⁵⁵ Asuntos de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca y República Federal de Alemania c. Países Bajos), fallo de 20 de febrero de 1969, C.I.J. Recueil, 1969, especialmente la página 47, párrs. 85 y 87.

"a) Las partes tienen la obligación de entablar una negociación con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente proceder a una negociación formal como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de limitación, a falta de acuerdo; las partes tienen la obligación de comportarse de manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar ninguna modificación."⁵⁶

Aun cuando la Corte en este fallo habla de "negociación", la Comisión cree que el requisito de buena fe en la conducta de las partes durante el curso de las consultas o negociaciones es el mismo.

5) Las consultas tienen por objeto que las partes encuentren soluciones aceptables sobre las medidas que han de adoptarse a fin de prevenir o aminorar el riesgo de daños transfronterizos sensibles. Las palabras "soluciones aceptables", relativas a la adopción de medidas preventivas, hacen referencia a aquellas medidas que son aceptadas por las partes dentro de las directrices especificadas en el párrafo 2. En general, el consentimiento de las partes en tomar medidas de prevención se expresará mediante algún tipo de acuerdo.

6) Las partes evidentemente intentarán primero seleccionar aquellas medidas que puedan evitar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que aminoren el riesgo de esos daños. En virtud del artículo 4, las partes tienen la obligación, además, de cooperar en la aplicación de esas medidas. También esta obligación deriva de la opinión de la Comisión según la cual la obligación de ejercer la debida diligencia, núcleo de las disposiciones destinadas a prevenir o a aminorar los daños transfronterizos sensibles, es de carácter continuo y vale para todas las fases de la actividad.

7) El artículo 11 puede invocarse siempre que se plantee la necesidad de adoptar medidas preventivas. Esta cuestión evidentemente puede suscitarse como consecuencia del artículo 10, a causa de una notificación hecha a los demás Estados por el Estado de origen en el sentido de que una actividad que se propone emprender puede entrañar el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles; o bien en el curso del intercambio de información previsto en el artículo 14 o en el contexto del artículo 13 sobre los procedimientos que se han de aplicar a falta de la notificación.

8) El artículo 11 tiene un ámbito amplio de aplicación. Ha de aplicarse a todas las cuestiones relativas a las medidas preventivas. Por ejemplo, cuando las partes efectúan la notificación prevista en el artículo 10 o intercambian información en virtud del artículo 14 y hay ambigüedades en esas comunicaciones, pueden pedirse consultas simplemente para aclarar esas ambigüedades.

9) El párrafo 2 orienta a los Estados para cuando se consulten sobre las medidas preventivas. Las partes buscarán soluciones basadas en el equilibrio equitativo de intereses previsto en el artículo 12. Ni el párrafo 2 de

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 85.

ese artículo ni el artículo 12 impiden a las partes tener en cuenta otros factores que consideren pertinentes para lograr un equilibrio equitativo de intereses.

10) El párrafo 3 trata de la posibilidad de que, pese a todos los esfuerzos, las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre medidas preventivas aceptables. Como se explicó en el párrafo 3) supra, el artículo establece un equilibrio entre dos consideraciones, una de las cuales es no conceder el derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. A este respecto, la Comisión recuerda el laudo dictado en el asunto del Lago Lanós en el que el tribunal señaló que en algunas situaciones la parte que pueda resultar afectada puede, en contra de la buena fe, paralizar los esfuerzos sinceros de negociación⁵⁷. A fin de tener en cuenta esta posibilidad, el artículo dispone que el Estado de origen pueda proseguir la actividad, ya que la falta de esta opción concedería de hecho un derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. Aunque se le permite proseguir la actividad, el Estado de origen sigue obligado a tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Después de las consultas, el Estado de origen es consciente de las preocupaciones de los Estados que puedan resultar afectados y está incluso en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. Además, el Estado de origen realiza la actividad "por su cuenta y riesgo".

11) La última parte del párrafo 3 protege también los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. La finalidad es tener un amplio alcance con objeto de incluir los derechos que los Estados que puedan resultar afectados tengan en virtud de cualquier norma de derecho internacional, de los principios generales del derecho, del derecho interno, etc.

Artículo 12

Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 11[17], los Estados de que se trate tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular:

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

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

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

⁵⁷ Supra, nota 7 ter, pág. 128.

d) El grado en que los Estados de origen y, cuando corresponda, los Estados que puedan resultar afectados estén dispuestos a sufragar los costos de la prevención;

e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de la prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios o de sustituirla por otra actividad;

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

Comentario

1) El objeto de este artículo es ofrecer alguna orientación a los Estados que han iniciado consultas tratando de lograr un equilibrio de intereses equitativo. Para alcanzar un equilibrio de intereses equitativo hay que determinar los hechos y sopesar todos los factores y circunstancias pertinentes.

2) La cláusula principal del artículo dispone que "para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 11, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes". El artículo continúa con una lista no exhaustiva de esos factores y circunstancias. La amplia diversidad de tipos de actividades que abarcan estos artículos y las diferentes situaciones y circunstancias en que se realizarán hace imposible formular una lista exhaustiva de factores que guarden relación con todos los casos individuales. Algunos de los factores pueden ser pertinentes en un determinado caso mientras que otros pueden no serlo y algunos otros factores no contenidos en la lista pueden resultar pertinentes. A los factores y circunstancias enumerados no se les asigna prioridad ni peso puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos y otros pueden merecer que se les conceda mayor peso en otros casos. En general, los factores y circunstancias indicados permitirán a las partes comparar los costos y beneficios que pueden darse en un caso particular.

3) En el apartado a) se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios de prevenir ese daño o reducir al mínimo ese riesgo y la posibilidad de reparar el daño. Por ejemplo, el grado de riesgo de daño puede ser elevado pero puede haber medidas que permitan prevenir el daño o reducir ese riesgo o puede haber posibilidades de reparar el daño. Las comparaciones en este caso son cuantitativas y cualitativas.

4) En el apartado b) se compara la importancia de la actividad en función de sus ventajas sociales, económicas y técnicas para el Estado de origen con el daño potencial para los Estados que puedan verse afectados. La Comisión recuerda en este contexto la decisión del asunto Donauversinkung en el que la Corte declaró lo siguiente:

"Los intereses de los Estados en cuestión han de ponderarse entre sí de manera equitativa. Se ha de considerar no sólo el daño absoluto causado

al Estado vecino sino también la relación de la ventaja obtenida por el uno con el daño causado al otro."⁵⁸

5) En el apartado c) se compara, de la misma manera que en el párrafo a), el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios de prevenir ese daño o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente. La Comisión recalca la importancia particular de la protección del medio ambiente. Considera que el Principio 15 de la Declaración de Río guarda relación con este párrafo cuando dice: "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"⁵⁹.

6) En el apartado d) se dispone que uno de los elementos que determinan la elección de medidas preventivas es la voluntad de los Estados que pueden verse afectados de contribuir al costo de la prevención. Por ejemplo, si los Estados que pueden verse afectados están dispuestos a contribuir a los gastos de las medidas preventivas puede ser razonable, teniendo en cuenta otros factores, esperar que el Estado de origen tome medidas preventivas más costosas pero más eficaces. Sin embargo, esto no debe restar importancia a las medidas eficaces en función del costo que el Estado de origen está obligado a tomar en primera instancia para que se puedan tomar las medidas apropiadas con arreglo al artículo 3.

7) El apartado e) introduce una serie de factores que han de compararse y tenerse en cuenta. La viabilidad económica de la actividad debe compararse con los costos de la prevención. El costo de las medidas preventivas no debe ser tan alto que haga económicamente inviable la actividad. La viabilidad económica de la actividad debe de evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento o realizarla por otros medios o sustituirla por otra actividad. Con las palabras "realizar la actividad ... por otros medios" se pretende tener en cuenta, por ejemplo, una situación en la que un tipo de sustancia química utilizado en la actividad, que pudiera ser la causa del daño transfronterizo, pueda sustituirse por otra sustancia química; o el equipo mecánico de la planta o la fábrica pueda sustituirse por otro equipo diferente. Las palabras "sustituirla por otra actividad" tienen por objeto tener en cuenta la posibilidad de que se puedan alcanzar los mismos resultados o unos resultados comparables con otra actividad sin riesgo, o con un riesgo muy inferior, de daño transfronterizo sensible.

8) En el apartado f) se comparan las normas de protección solicitadas del Estado de origen con las aplicadas a la misma actividad o una actividad comparable en el Estado que puede verse afectado. El fundamento es que, en

⁵⁸ Wurttemberg y Prussia c. Baden (asunto Donauversinkung) (1927) en Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlín, de Gruyter), vol. 116, apéndice, págs. 18 a 45 (1927), en Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928) (Londres, 1931), pág. 131; véase también Kansas c. Colorado (1907) 206 US 100, y Washington c. Oregón (1936) 297 US 517.

⁵⁹ Supra, nota 1.

general, podría ser irrazonable pedir al Estado de origen que cumpla una norma de prevención mucho más estricta que la que se aplicaría en los Estados que pueden verse afectados. Sin embargo, este factor no es en sí mismo concluyente. Puede haber situaciones en que el Estado de origen haya de aplicar a la actividad normas de prevención superiores a las aplicadas en los Estados que pueden resultar afectados, es decir cuando el Estado de origen es un Estado muy desarrollado y aplica reglamentaciones legales sobre el medio ambiente establecidas en el plano interno. Estas reglamentaciones pueden ser considerablemente más estrictas que las aplicadas en un Estado de origen que, por hallarse en determinada fase de desarrollo, tenga (y ciertamente necesite) pocas reglamentaciones, si es que las tiene, sobre las normas de prevención. Teniendo en cuenta otros factores, el Estado de origen puede tener que aplicar sus propias normas de prevención, más estrictas que las de los Estados que pueden verse afectados.

9) Los Estados deben también tener en cuenta las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en otras regiones o, si existen, las normas internacionales de prevención aplicables a actividades similares. Esto reviste especial importancia cuando, por ejemplo, los Estados interesados no disponen de ninguna norma de prevención en relación con esas actividades o desean mejorar las normas existentes.
