

## Capítulo V

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

#### A.—Introducción

78. La Comisión, en su 30.º período de sesiones (1978), incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter<sup>843</sup>.

79. La Comisión recibió y examinó, entre su 32.º período de sesiones (1980) y su 36.º período de sesiones (1984) cinco informes del Relator Especial<sup>844</sup>. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34.º período de sesiones (1982). Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36.º período de sesiones. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

80. La Comisión, en su 36.º período de sesiones, dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos<sup>845</sup>, y un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»<sup>846</sup>.

<sup>843</sup> En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

<sup>844</sup> Los cinco informes del Relator Especial figuran en: Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373; y

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

<sup>845</sup> *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

<sup>846</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384. Véase también «Estudio de los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por

81. La Comisión, en su 37.º período de sesiones (1985), nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37.º período de sesiones y su 48.º período de sesiones (1996), 12 informes del Relator Especial<sup>847</sup>.

82. En su 44.º período de sesiones (1992), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema<sup>848</sup>. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión, en su 2282.ª sesión, el 8 de julio de 1992, adoptó la decisión de continuar gradualmente la labor sobre este tema. Finalizar primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos y seguir con las medidas de reparación<sup>849</sup>. La Comisión decidió, habida cuenta de la ambigüedad del título del tema, mantener su hipótesis de trabajo de que el tema se refería a «actividades» y aplazar todo cambio oficial del título.

83. En su 48.º período de sesiones, la Comisión restableció el Grupo de Trabajo para que examinara el tema en todos sus aspectos a la luz de los informes del Relator Especial y de los debates celebrados a lo largo de los años en la Comisión y para que formulara recomendaciones a ésta.

---

las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471.

<sup>847</sup> Los 12 informes del Relator Especial figuran en:

Informe preliminar: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 101, documento A/CN.4/394;

Segundo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402;

Tercer informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405;

Cuarto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 254, documento A/CN.4/413;

Quinto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423;

Sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/428 y Add.1;

Séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 73, documento A/CN.4/437;

Octavo informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), pág. 77, documento A/CN.4/443;

Noveno informe: *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), pág. 209, documento A/CN.4/450;

Décimo informe: *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), pág. 141, documento A/CN.4/459;

Undécimo informe: *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/468; y

Duodécimo informe: *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/475 y Add.1.

<sup>848</sup> Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párrs. 341 a 343.

<sup>849</sup> *Ibíd.*, párrs. 344 a 349.

84. El Grupo de Trabajo presentó un informe<sup>850</sup> que ofrecía un cuadro completo del tema en relación con el principio de la prevención y el de la responsabilidad por la indemnización u otra reparación y presentaba artículos y comentarios al respecto.

85. En su 49.º período de sesiones (1997), la Comisión estableció nuevamente un Grupo de Trabajo para que examinara cómo debería proceder la Comisión en su labor relativa al tema. El Grupo de Trabajo examinó la labor realizada por la Comisión sobre el tema desde 1978. Señaló que el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la «responsabilidad de los Estados». El Grupo de Trabajo señaló además que la Comisión había tratado de dos cuestiones dentro del tema: «prevención» y «responsabilidad internacional». En opinión del Grupo de Trabajo, esas dos cuestiones eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad deberían tratarse en adelante por separado.

86. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y tratar en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección titulada «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas»<sup>851</sup>. La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997.

87. En el mismo período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial encargado de esta parte del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao<sup>852</sup>.

88. En su 50.º período de sesiones (1998), la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial<sup>853</sup>, y aprobó en primera lectura una serie de 17 proyectos de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas.

89. De conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, la Comisión transmitió el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1.º de enero de 2000.

90. En sus períodos de sesiones 51.º (1999) y 52.º (2000), la Comisión recibió y examinó los informes segundo<sup>854</sup> y tercero<sup>855</sup> del Relator Especial. La Comisión tuvo también ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos<sup>856</sup>. En su 2643.ª sesión, el 20 de julio de 2000, la Comisión remitió el proyecto de preámbulo y los proyectos de artículos revisados al Comité de Redacción.

<sup>850</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I.

<sup>851</sup> *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 168 a.

<sup>852</sup> *Ibíd.*

<sup>853</sup> *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1.

<sup>854</sup> *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501.

<sup>855</sup> *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510.

<sup>856</sup> A/CN.4/509 [véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte)] y A/CN.4/516, este último documento recibido en 2001.

## B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

91. En el actual período de sesiones, el Comité de Redacción examinó los proyectos de artículos que la Comisión le había remitido el período de sesiones anterior. El Presidente del Comité de Redacción presentó su informe (A/CN.4/L.601 y Corr.2) en la 2675.ª sesión de la Comisión, celebrada el 11 de mayo de 2001. En la misma sesión, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y una serie de 19 proyectos de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

92. En sus sesiones 2697.ª, 2698.ª, 2699.ª y 2700.ª, del 27 de julio al 2 de agosto de 2001, la Comisión aprobó los comentarios a los mencionados proyectos de artículos.

93. De conformidad con su estatuto, la Comisión sometió el proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos a la Asamblea General, juntamente con la recomendación que figura a continuación.

## C.—Recomendación de la Comisión

94. En su 2701.ª sesión, el 3 de agosto de 2001, la Comisión, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, acordó recomendar a la Asamblea General que elaborase una convención basada en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

## D.—Homenaje al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao

95. En su 2701.ª sesión, el 3 de agosto de 2001, la Comisión, después de aprobar el texto del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobó por aclamación el siguiente proyecto de resolución:

*«La Comisión de Derecho Internacional,*

*»Habiendo aprobado el proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,*

*»Expresa al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, su profundo reconocimiento y calurosa felicitación por su destacada aportación a la preparación del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos mediante sus esfuerzos incansables y su gran dedicación, y por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.»*

96. La Comisión también expresó su profundo reconocimiento a los anteriores Relatores Especiales, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter y el Sr. Julio Barboza, por su destacada aportación a los trabajos sobre este tema.

## E.—Texto del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

### 1. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

97. A continuación figura el texto del proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones:

#### PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

*Los Estados Partes,*

*Teniendo presente* el apartado *a* del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones a fin de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,

*Teniendo presente* el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control,

*Teniendo presente además* que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control no es ilimitada,

*Recordando* la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 13 de junio de 1992,

*Reconociendo* la importancia de promover la cooperación internacional,

*Han convenido* en lo siguiente:

#### Artículo 1.—Alcance

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.

#### Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

*a)* El «riesgo de causar daño transfronterizo sensible» abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico;

*b)* Se entiende por «daño» el 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 los Estados interesados fronteras comunes;

*d)* Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1;

*e)* Se entiende por «Estado que pueda resultar afectado» el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

*f)* Se entiende por «Estados interesados» el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado.

#### Artículo 3.—Prevención

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

#### Artículo 4.—Cooperación

Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

#### Artículo 5.—Aplicación

Los Estados interesados 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 artículos.

#### Artículo 6.—Autorización

1. El Estado de origen establecerá el requisito de su autorización previa para:

*a)* Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control;

*b)* Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado *a*;

*c)* Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.

2. El requisito de la autorización establecido por un Estado será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Se revisarán las autorizaciones ya concedidas por el Estado para actividades preexistentes a fin de cumplir lo dispuesto en los presentes artículos.

3. En el caso de que no se observen las condiciones de la autorización, el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro de la autorización.

#### Artículo 7.—Evaluación del riesgo

Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental.

#### Artículo 8.—Notificación e información

1. Si la evaluación a que se refiere el artículo 7 muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación.

2. El Estado de origen no tomará decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afectado.

*Artículo 9.—Consultas sobre las medidas preventivas*

1. Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo.

2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10.

3. Si de resultas de las consultas a que se hace referencia en el párrafo 1 no se llegare a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.

*Artículo 10.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses*

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados 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 el Estado que pueda resultar afectado;

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

d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;

e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de 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 prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

*Artículo 11.—Procedimientos aplicables a falta de notificación*

1. Si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en el Estado de origen puede entrañar un riesgo de causarle daño transfronterizo sensible, podrá solicitar al Estado de origen que aplique la disposición del artículo 8. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.

2. En caso de que el Estado de origen llegue, no obstante, a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8, informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclusión, a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9.

3. Durante las consultas, el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable.

*Artículo 12.—Intercambio de información*

Mientras se lleve a cabo la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información disponible

sobre esa actividad que sea pertinente para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Ese intercambio de información continuará hasta que los Estados interesados lo consideren oportuno, incluso hasta después de que haya terminado la actividad.

*Artículo 13.—Información al público*

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

*Artículo 14.—Seguridad nacional y secretos industriales*

Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales o derechos de propiedad intelectual podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con el Estado que pueda resultar afectado para proporcionar toda la información posible en atención a las circunstancias.

*Artículo 15.—No discriminación*

Salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que estén o puedan estar expuestas al riesgo de un daño transfronterizo sensible como resultado de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, un Estado no discriminará por motivos de nacionalidad o residencia o de lugar en que pueda ocurrir el daño, al garantizar a esas personas, de conformidad con su ordenamiento jurídico, acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole para que soliciten protección u otro remedio apropiado.

*Artículo 16.—Preparación para casos de emergencia*

El Estado de origen deberá establecer planes de contingencia para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con el Estado que pueda resultar afectado y con las organizaciones internacionales competentes.

*Artículo 17.—Notificación de una emergencia*

El Estado de origen deberá notificar sin demora y por los medios más rápidos de que disponga al Estado que pueda resultar afectado cualquier situación de emergencia relacionada con una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos y facilitarle toda la información pertinente disponible.

*Artículo 18.—Relación con otras normas de derecho internacional*

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del derecho internacional consuetudinario.

*Artículo 19.—Solución de controversias*

1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente mediante los medios de solución pacífica que elijan de mutuo acuerdo las partes en la controversia, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.

2. De no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar que se establezca una comisión imparcial de determinación de los hechos.

3. La comisión de determinación de los hechos estará integrada por un miembro designado por cada una de las partes en la controversia y además por un miembro que no tenga la nacionalidad

de ninguna de ellas, que será elegido por los miembros designados y que actuará como presidente.

4. Si una de las partes en la controversia está constituida por más de un Estado, y si éstos no designan de común acuerdo a un miembro de la comisión y cada uno de ellos procede a designar a un miembro, la otra parte en la controversia tendrá derecho a designar a igual número de miembros de la comisión.

5. Si los miembros designados por las partes en la controversia no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de un presidente en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al presidente, el cual no tendrá la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. Si una de las partes no designare miembro para la comisión en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo 2, cualquier otra parte en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. La persona así designada constituirá una comisión unipersonal.

6. La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones y sus recomendaciones, que las partes en la controversia considerarán de buena fe.

## 2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES

98. A continuación figura el texto de los artículos aprobados por la Comisión en su 53.º período de sesiones, con sus comentarios:

### PREVENCIÓN DEL DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

#### *Comentario general*

1) Los artículos tratan del concepto de prevención en el contexto de la autorización y la reglamentación de las actividades peligrosas que entrañan un riesgo importante de daño transfronterizo. La prevención en este sentido, como procedimiento o como obligación, se refiere a la fase anterior a la situación en que ya se ha producido efectivamente un daño o un perjuicio sensible que requiere que los Estados interesados apliquen medidas correctivas o de indemnización, y que a menudo comprende cuestiones relativas a la responsabilidad.

2) El concepto de prevención ha adquirido gran importancia e interés en la actualidad. Se hace hincapié en la obligación de prevenir, por oposición a la obligación de reparar, remediar o indemnizar, y esto tiene varios aspectos importantes. La política preferida debe ser la prevención, ya que en el caso de daño la indemnización por lo general no restablece la situación que existía antes de producirse el suceso o accidente. El cumplimiento de la obligación de prevenir o aplicar la debida diligencia es todavía más necesario a medida que aumentan constantemente los conocimientos sobre las actividades peligrosas, los materiales utilizados y su administración y los riesgos que suponen. Desde un punto de vista jurídico, como ha aumentado la capacidad para determinar la relación de causalidad, es decir, la vinculación física entre la causa (actividad) y el efecto (daño), e incluso las diversas etapas intermedias de ese vínculo causal, es también imperativo

que quienes realizan actividades peligrosas adopten todas las medidas necesarias para prevenir el daño. En todo caso, en cuanto política, prevenir es mejor que curar.

3) La prevención del daño transfronterizo dimanante de actividades peligrosas es un objetivo en el que se hace mucho hincapié en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)<sup>857</sup>, y que la CIJ confirmó en su opinión consultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*<sup>858</sup>, al declarar que ya formaba parte del *corpus* de normas de derecho internacional.

4) Por consiguiente, el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland) tuvo razón al destacar la cuestión de la prevención. El texto del artículo 10 recomendado por el Grupo con respecto a los recursos naturales transfronterizos y a las repercusiones en el medio ambiente es el siguiente: Los Estados, sin perjuicio de los principios establecidos en los artículos 11 y 12, impedirán o reducirán toda interferencia ambiental transfronteriza o peligro considerable de esa interferencia que cause un daño considerable, es decir, un daño que no sea menor o insignificante<sup>859</sup>. Cabe señalar, además, que el principio bien establecido de la prevención se puso de relieve en el laudo arbitral relativo al asunto *Fonderie de Trail*<sup>860</sup> y fue reiterado no sólo en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>861</sup> y en el principio 2 de la Declaración de Río, 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 recoge también en el principio 3 de los 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, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA en 1978, 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;

<sup>857</sup> 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 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: Resoluciones aprobadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I.

<sup>858</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 54 supra), págs. 241 y 242, párr. 29; véase también A/51/218, anexo.

<sup>859</sup> *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1987, pág. 75, aprobado por el Grupo de Expertos. 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 individual o colectivamente por los Estados. Véase J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 346 y 347 y 374 a 376.

<sup>860</sup> *Fonderie de Trail* (véase la nota 253 supra), págs. 1905 y ss.

<sup>861</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

b) comprometer la conservación de un recurso renovable compartido;

c) poner en peligro la salud de la población de otro Estado<sup>862</sup>.

5) La prevención de los daños transfronterizos al medio ambiente, a las personas y a los bienes ha sido aceptada como principio importante en muchos tratados multilaterales sobre la protección del medio ambiente, los accidentes nucleares, los objetos espaciales, los cursos de agua internacionales, la ordenación de los residuos peligrosos y la prevención de la contaminación marina<sup>863</sup>.

### Preámbulo

#### Los Estados Partes,

**Teniendo presente el apartado a del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones a fin de impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación,**

**Teniendo presente el principio de la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control,**

**Teniendo presente además que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo a su jurisdicción o control no es ilimitada,**

**Recordando la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 13 de junio de 1992,**

**Reconociendo la importancia de promover la cooperación internacional,**

**Han convenido en lo siguiente:**

<sup>862</sup> PNUMA, Derecho ambiental: líneas directrices y principios, n.º 2, Recursos naturales compartidos, Nairobi, 1978. Los principios aparecen reproducidos en ILM, vol. 17, n.º 5 (septiembre de 1978), pág. 1098. Véase asimismo la decisión 6/14 del Consejo de Administración del PNUMA, de 19 de mayo de 1978, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento n.º 25 (A/33/25)*, anexo I. Una referencia a otras fuentes que recogen el principio de la prevención figura en *Environmental Protection and Sustainable Development...* (nota 859 *supra*), págs. 75 a 80.

<sup>863</sup> Se puede consultar una colección de tratados clasificados según la esfera o sector del medio ambiente que abarcan o según la protección contra peligros determinados que ofrecen, en E. Brown Weiss, D. B. Magraw y P. C. Szasz, *International Environmental Law: Basic Instruments and References*, Dobbs Ferry (Nueva York), Transnational, 1992; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, *Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester University Press, 1995; L. Boisson de Chazourmes, R. Desgagné y C. Romano, *Protection internationale de l'environnement: recueil d'instruments juridiques*, París, Pedone, 1998; C. Dommen y P. Cullet (eds.), *Droit international de l'environnement. Textes de base et références*, Londres, Kluwer, 1998; M. Prieur y S. Doumbé-Billé (eds.), *Recueil francophone des textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruselas, Bruylant, 1998; A. E. Boyle y D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999; F. L. Morrison y R. Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haya, Kluwer, 2000; y P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2002 (de próxima aparición).

### Comentario

1) El preámbulo establece el contexto general en que se elabora el tema de la prevención, teniendo presente el mandato conferido a la Comisión en materia de codificación y desarrollo del derecho internacional. Las actividades que abarca el presente tema de la prevención exigen que los Estados busquen la cooperación y el acuerdo en beneficio de sus intereses mutuos. Los Estados son libres de adoptar las medidas necesarias para desarrollar sus recursos naturales y de realizar o autorizar actividades en atención a las necesidades de su población. Al hacerlo, sin embargo, los Estados tienen que velar por que esas actividades se realicen teniendo en cuenta los intereses de otros Estados y, por consiguiente, la libertad de que gozan en el ámbito de su jurisdicción no es ilimitada.

2) La prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se debería situar también en el contexto de los principios generales incorporados en la Declaración de Río y de otras consideraciones que subrayan la estrecha relación existente entre las cuestiones del medio ambiente y el desarrollo. La referencia general del cuarto párrafo del preámbulo a la Declaración de Río indica la importancia del carácter interactivo de todos los principios en ella mencionados, sin perjuicio de que en los comentarios que siguen relativos a artículos concretos se pongan de relieve, según convenga, principios determinados de la Declaración de Río.

### Artículo 1.—Alcance

**Los presentes artículos se aplicarán a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible.**

### Comentario

1) El artículo 1 limita el alcance de los artículos a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible. El apartado d del artículo 2 limita además el alcance de los artículos a las actividades realizadas en el territorio de un Estado o en otros lugares sujetos a la jurisdicción o el control de un Estado.

2) Toda actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas queda comprendida en el ámbito de los artículos. Se podrían prever distintos tipos de actividades dentro de esta categoría. Como indica el título de los artículos propuestos, está comprendida toda actividad peligrosa y, por deducción, toda actividad extremadamente peligrosa que entrañe un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Por actividad extremadamente peligrosa se entiende una actividad que entraña un riesgo que sólo rara vez se materializará pero que, cuando ello ocurra, tal vez alcance proporciones graves (más que sensibles, serias o sustanciales).

3) En distintas etapas de la evolución de los presentes artículos se ha propuesto que esas actividades se especifiquen en una lista anexa a los artículos, lista que se podría

umentar o reducir en el futuro según fuera necesario. También podría darse a los Estados la posibilidad de añadir o eliminar actividades de la lista, la cual podrán incorporar en toda legislación nacional que tenga por objeto dar cumplimiento a las obligaciones de prevención.

4) Sin embargo, se estima que la especificación de actividades en una lista anexa a los artículos no deja de presentar problemas y que, desde el punto de vista funcional, no es esencial. Es probable que una lista de ese tipo sea incompleta y que periódicamente pierda vigencia a causa de la rápida evolución de la tecnología. Además, con excepción de ciertas actividades extremadamente peligrosas que son en su mayoría objeto de reglamentación especial, a saber, las relacionadas con la tecnología nuclear o con el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad depende principalmente de la aplicación de que se trate, del contexto específico y del modo de operación. Se estima que una lista genérica no podría abarcar esos elementos.

5) Cabe observar además que los Estados siempre tienen la posibilidad de especificar actividades que queden comprendidas en el ámbito de los artículos en cualesquiera acuerdos regionales o bilaterales, o de hacerlo en la legislación nacional que regule esas actividades y establezca obligaciones de prevención<sup>864</sup>. En cualquier caso, el alcance de los artículos queda aclarado por los cuatro criterios que se indican en el artículo.

6) El *primer criterio* para definir el alcance de los artículos es el de «actividades no prohibidas por el derecho internacional». Se ha adoptado este enfoque a fin de separar el tema de la responsabilidad internacional por actividades no prohibidas del tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos<sup>865</sup>. La aplicación de este criterio tiene por objeto además permitir al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible exigir al Estado de origen que cumpla las obligaciones de prevención, aunque la actividad en sí no esté prohibida. Además, el hecho de que un Estado que pueda resultar afectado haga valer los presentes artículos, no impide que más adelante ese Estado sostenga que la actividad en cuestión es una actividad prohibida. Del mismo modo, debe entenderse que el incumplimiento de

la obligación de prevenir o, en todo caso, de minimizar el riesgo que establecen los artículos no permite suponer que la actividad misma está prohibida<sup>866</sup>. Sin embargo, en ese caso se podría invocar la responsabilidad del Estado para dar cumplimiento a las obligaciones, en particular cualquier responsabilidad civil u obligación del operador<sup>867</sup>. Los artículos se ocupan principalmente de la gestión del riesgo y hacen hincapié en la obligación de todos los Estados interesados de cooperar y consultarse. Se da a los Estados que puedan resultar afectados, el derecho a colaborar con el Estado de origen en el diseño y, si procede, la aplicación de un sistema de gestión del riesgo compartido. No obstante, el derecho así previsto en favor de los Estados que puedan resultar afectados no da a éstos el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos<sup>868</sup>.

7) 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 planifican o realizan» en el territorio de un Estado o en otros lugares que se hallen bajo su jurisdicción o control. Tres conceptos se utilizan en este criterio: «territorio», «jurisdicción» y «control». Aunque la expresión «jurisdicción o control de un Estado» es la fórmula más comúnmente utilizada en algunos instrumentos<sup>869</sup>, la Co-

<sup>866</sup> Véanse M. B. Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *NYIL*, vol. 16 (1985), págs. 3 a 16; A. E. Boyle, «State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 1 a 26; K. Zemanek, «State responsibility and liability», en W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pág. 197; y el segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) del Relator Especial Pemmaraju Sreenivasa Rao, *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, párrs. 35 a 37.

<sup>867</sup> Véanse P.-M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976; I. Brownlie, *System of the Law of Nations* (nota 92 *supra*); A. Rosas, «State responsibility and liability under civil liability regime», en O. Bring y S. Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 161; y F. Bitar, *Les mouvements transfrontières de déchets dangereux selon la Convention de Bâle. Étude des régimes de responsabilité*, París, Pedone, 1997, págs. 79 a 138. Sin embargo, se aplican distintas normas sobre responsabilidad, carga de la prueba y recursos a la responsabilidad por actividades no prohibidas y a la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Véanse también P.-M. Dupuy, «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», *RGDIP*, vol. 101, n.º 4 (1997), págs. 873 a 903; T. A. Berwick, «Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, n.º 2 (1998), págs. 257 a 267; y P.-M. Dupuy, «À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement», en M. Prieur y C. Lambrechts (eds.), *Les hommes et l'environnement: quels droits pour le vingt-et-unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, París, Frison-Roche, 1998, págs. 269 a 282.

<sup>868</sup> En relación con la naturaleza de la obligación de colaborar y de lograr un equilibrio entre los intereses en juego, véase el primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, del Relator Especial Pemmaraju Sreenivasa Rao, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párrs. 43, 44, 54 y 55 *d*.

<sup>869</sup> Véanse, por ejemplo, el principio 21 de la Declaración de Estocolmo (nota 861 *supra*); el párrafo 2 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el principio 2 de la Declaración de Río (nota 857 *supra*); y el artículo 3 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

<sup>864</sup> Por ejemplo, varias convenciones se ocupan del tipo de actividades que caen dentro de su ámbito: el Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre; el Protocolo sobre la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre; el Acuerdo sobre la protección del Rin contra la contaminación química; el apéndice I del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, en el que se señalan varias actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente, como las refinerías de petróleo, las centrales térmicas, las instalaciones en que se producen combustibles nucleares enriquecidos, etc., respecto de las cuales es preciso realizar una evaluación del impacto ambiental de conformidad con el Convenio; el Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del Mar Báltico; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el anexo II de la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en la que se identifican como actividades peligrosas las realizadas en las instalaciones o lugares para la eliminación total o parcial de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante incineración en tierra o en el mar, las instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante la reducción de oxígeno, etc.; en el anexo I de esta Convención hay también una lista de sustancias peligrosas.

<sup>865</sup> *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 7 y 8, párr. 17.

misión considera útil mencionar también el concepto de «territorio» para subrayar la importancia del vínculo territorial, cuando éste existe, entre las actividades a que se refieren estos artículos y un Estado.

8) A los fines de los presentes artículos, la *jurisdicción territorial* es el criterio que predomina. En consecuencia, cuando una actividad comprendida en los presentes artículos se produce dentro del *territorio* de un Estado, ese Estado debe cumplir las *obligaciones de prevención*. El «territorio» se toma, pues, como prueba concluyente de jurisdicción. Por consiguiente, en casos de conflicto de jurisdicción sobre una actividad comprendida 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 aceptar limitaciones a su jurisdicción territorial en relación con otro Estado. Un ejemplo típico de esa situación es el paso inocente de un buque extranjero por el mar territorial. En ese caso, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado del territorio el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos.

9) El concepto de «territorio» a efectos de estos artículos no abarca todos los casos en que un Estado ejerce «jurisdicción» o «control». El término «jurisdicción» de un Estado abarca, además de las actividades realizadas dentro del territorio de ese Estado, las actividades sobre las cuales el Estado está autorizado por el derecho internacional 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.

10) En ciertos casos, debido 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 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 y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se han ocupado de las diversas potestades jurisdiccionales del Estado del pabellón.

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

12) La función del concepto de «control» en derecho internacional es atribuir ciertas consecuencias jurídicas a un Estado cuya jurisdicción sobre determinadas actividades o hechos no es reconocida como válida por el derecho internacional. El concepto abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de jure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión. Cabe recordar, a este respecto, la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Namibia*. En esa opinión la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte halló ilegal y afirmar 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 jurídico que la faculte 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<sup>870</sup>.

13) El *tercer criterio* es que las actividades comprendidas en estos artículos deben entrañar un «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible». 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 realiza la actividad sin la posibilidad de causar daño a ningún otro Estado. El término «sensible» se examina en el comentario al artículo 2.

14) Con respecto 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 conocimiento de él. Por lo tanto, la noción de riesgo se interpreta objetivamente, es decir, como la estimación de un posible daño resultante de una actividad, que un observador debidamente informado haya tenido o debido tener.

15) 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 las actividades en el momento en que se realizan. Por tanto, es posible que una actividad que inicialmente no entrañara un riesgo (en el sentido explicado en el párrafo 14), pueda pasar a tenerlo como consecuencia de algún acontecimiento o circunstancia. Por ejemplo, un embalaje perfectamente seguro puede volverse peligroso como consecuencia de un sismo, en cuyo caso seguir utilizándolo sería una actividad que entrañaría un riesgo. O bien, el adelanto de los conocimientos científicos podría revelar la debilidad inherente de una estructura o material, lo que supondría un riesgo de fallo o de derrumbe, en cuyo caso los presentes artículos se podrían aplicar a la actividad de que se trate, de conformidad con sus disposiciones.

16) 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 razonable debía excluirse el daño transfronterizo que podían causar las políticas de los Estados en las esferas monetaria, socioeconómica u otras similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan con-

<sup>870</sup> Véase la nota 176 *supra*.

secuencias físicas transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible.

17) El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto supone 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. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben ser de carácter físico y que las consecuencias deben derivarse de ese carácter. 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) El «riesgo de causar daño transfronterizo sensible» abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico;

b) Se entiende por «daño» el 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 los Estados interesados fronteras comunes;

d) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades a las que se refiere el artículo 1;

e) Se entiende por «Estado que pueda resultar afectado» el Estado en cuyo territorio exista el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo;

f) Se entiende por «Estados interesados» el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado.

#### Comentario

1) El apartado a define el concepto de «riesgo de causar un daño transfronterizo sensible» como el que es poco probable que cause un daño transfronterizo catastrófico o el que es muy probable que cause un daño transfronterizo 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 de 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 transfronterizas<sup>871</sup>, aprobado por la CEPE en 1990. De conformidad con el apartado f de la sección I 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». Una definición basada en el efecto combinado de «riesgo» y «daño» es más conveniente para estos artículos, y *el efecto combinado debe alcanzar un nivel que se considere sensible*. Las obligaciones de prevención impuestas a los Estados no sólo deben ser razonables sino estar también suficientemente limitadas, a fin de no imponer tales obligaciones con respecto a virtualmente todas las actividades. La finalidad es encontrar un equilibrio entre los intereses de los Estados interesados.

3) La definición del párrafo anterior tiene en cuenta una gama de relaciones comprendidas entre el «riesgo» y el «daño» que alcanzarían todas el nivel de «sensibles». La definición se refiere a dos tipos de actividades a los que corresponden las actividades a que se refieren los presentes artículos. Uno es el de la baja probabilidad de causar un daño catastrófico. Esta es normalmente la característica de las actividades extremadamente peligrosas. El otro es el de la alta probabilidad de causar un 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 un daño transfronterizo sensible. La palabra «abarca» tiene por objeto subrayar la intención de que la definición ofrece una gama dentro de la cual quedarán comprendidas las actividades a que se refieren los presentes artículos.

4) El término «sensible» no carece de ambigüedad, y habrá que precisarlo en cada caso en particular, lo que exigirá más consideraciones de hecho que determinaciones jurídicas. Hay que entender que «sensible» es algo más que «detectable» pero sin necesidad de 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.

6) El concepto de límite se refleja en el laudo dictado en el asunto *Fonderie de Trail*, que habla de «consecuencia[s] grave[s]»<sup>872</sup>, así como en el dictado en el asunto *Lac*

<sup>871</sup> Publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.90.II.E.28. Véase también G. Handl, *Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch*, Berlín, Duncker und Humblot, 1992, págs. 15 a 20.

<sup>872</sup> Véase la nota 253 *supra*.

*Lanoux*, que emplea el término «gravemente»<sup>873</sup>. Algunas convenciones han utilizado también para fijar un límite las palabras «sensible» (*significant*), «grave» (*serious*) o «sustancial» (*substantial*)<sup>874</sup>. La palabra «sensible» (*significant*) se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales<sup>875</sup>.

7) 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 pérdida determinada, en un momento determinado, podría 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 atribuía 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 apartado b no requiere explicación ya que, a los efectos de los presentes artículos, se entiende por «daño» el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente.

9) El apartado c define el «daño transfronterizo» como 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 los Estados interesados 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 en lugares sujetos a la jurisdicción o el control de un Es-

tado, 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. No se pueden prever todas las formas futuras posibles de «daño transfronterizo». No obstante, la intención es que se pueda trazar una línea y distinguir claramente entre el Estado bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad comprendida en esos artículos y el Estado que ha sufrido las consecuencias perjudiciales.

10) En el apartado d la expresión «Estado de origen» se refiere al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se realicen las actividades a que se refiere el artículo 1<sup>876</sup>.

11) En el apartado e la expresión «Estado que pueda resultar afectado» designa el Estado en cuyo territorio o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control exista el riesgo de que pueda producirse un daño transfronterizo sensible. Puede haber más de un Estado que pueda resultar afectado en virtud de una actividad determinada.

12) En el apartado f, la expresión «Estados interesados» se refiere tanto al Estado de origen como a los Estados que puedan resultar afectados, a los cuales algunos de los artículos se refieren en conjunto.

### Artículo 3.—Prevención

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

#### Comentario

1) El artículo 3 se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alienum non laedas*, recogido en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo<sup>877</sup>, cuyo texto es el siguiente:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

2) Pero las limitaciones de la libertad de los Estados que recoge el principio 21 se enuncian más explícitamente en el artículo 3 y en los siguientes.

3) 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 los daños transfronterizos

<sup>873</sup> *Lac Lanoux*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 281.

<sup>874</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo; el apartado b de la sección I del Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas (nota 871 *supra*); y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

<sup>875</sup> Véanse, por ejemplo, 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 (utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4.ª ed. rev. (OEA/Ser.L/VI, CIJ-75 Rev.2), Washington D.C., 1971, pág. 132]; el artículo X 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*, Londres, 1967, pág. 496); 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; el párrafo 6 del anexo de la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE de 14 de noviembre de 1974 sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza [OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 163, reproducida en ILM, vol. 14, n.º 1 (enero de 1975), pág. 246]; el Memorando de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 5 de agosto de 1980 [*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 32, parte 3 (1979-1980), Washington D.C., United States Government Printing Office, 1986, n.º 9856]; y el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 entre México y los Estados Unidos de América [reproducido en ILM, vol. 22, n.º 5 (septiembre de 1983), pág. 1025]. Los Estados Unidos han utilizado asimismo el término *significant* («sensible») en su derecho interno sobre cuestiones ambientales; véase *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, págs. 111 y 112.

<sup>876</sup> Véanse los párrafos 7 a 12 del comentario al artículo 1.

<sup>877</sup> Véase la nota 861 *supra*. Véase también la Declaración de Río (nota 857 *supra*).

sensibles o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlos. De esa forma, el artículo subraya el deber principal del Estado de origen de prevenir los daños transfronterizos sensibles; y únicamente en el caso de que ello no sea posible por completo deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo de causar los daños. La frase «en todo caso» tiene por objeto expresar que la obligación de prevención tiene prioridad. La palabra «minimizar» debe entenderse en este contexto en el sentido de que el objetivo es reducir al mínimo la posibilidad de daños.

4) El presente artículo es una afirmación de principio. Dispone que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Las palabras «todas las medidas apropiadas» se refieren a todas las medidas y disposiciones que se especifican en los artículos sobre prevención y reducción al mínimo de los daños transfronterizos. El artículo 3 es complementario de los artículos 9 y 10 y forma con ellos un conjunto armonioso. Además, impone al Estado de origen la obligación de promulgar y aplicar legislación nacional que incorpore las normas internacionales aceptadas. Esas normas serán una referencia necesaria para determinar si las medidas adoptadas son apropiadas.

5) Como principio general, la obligación enunciada en el artículo 3 de prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo se aplica únicamente a aquellas actividades que entrañan el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, según las definiciones dadas en el artículo 2. Normalmente, en el contexto de la prevención, un Estado de origen no asume con relación a otros Estados que puedan resultar afectados el riesgo de las consecuencias imprevisibles de actividades comprendidas en estos artículos. Por otra parte, la obligación de «adoptar todas las medidas apropiadas» para prevenir un daño o minimizar el riesgo de causarlo 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.

6) Por consiguiente, este artículo 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 hacer cumplir las leyes, las decisiones administrativas y las políticas que el Estado de origen haya adoptado<sup>878</sup>.

7) La obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida. La conducta del Estado de origen es la que determinará si éste ha cumplido sus obligaciones en virtud de los presentes artículos. Sin embargo, la obligación de diligencia debida no pretende garantizar la prevención total de daños sensibles, cuando no es posible lograrla. En todo caso, como queda dicho, el Estado de origen deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar

el riesgo. En ese sentido, esa obligación no garantiza que el daño no se produzca<sup>879</sup>.

8) La obligación de observar la diligencia debida constituye la norma básica de la protección del medio ambiente contra los daños, como puede deducirse de varias convenciones internacionales<sup>880</sup>, así como de las resoluciones e informes de conferencias y organizaciones internacionales<sup>881</sup>. La obligación de diligencia debida se debatió en 1986 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 farmacéuticas<sup>882</sup>.

9) En el asunto *Alabama*, 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 asunto 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<sup>883</sup>.

El Reino Unido definió la diligencia debida como «el cuidado que los gobiernos ordinariamente aplican en sus asuntos internos»<sup>884</sup>. Al parecer 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<sup>885</sup>.

<sup>879</sup> Véase una observación similar en el párrafo 4 del comentario al artículo 7 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión en segunda lectura [*Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 110]. En cuanto a la falta de datos científicos, véase A. Epiney y M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, págs. 126 a 140.

<sup>880</sup> Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; 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; el artículo 2 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono; el párrafo 5 del artículo 7 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, y el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

<sup>881</sup> Véanse el principio 21 de la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo), y el principio VI del proyecto relativo a la modificación meteorológica, preparado por la OMM y por el PNUMA (M. L. Nash, *Digest of United States Practice in International Law*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1978, pág. 1205).

<sup>882</sup> Véase *The New York Times* de 11, 12 y 13 de noviembre de 1986, págs. A 1, A 8 y A 3, respectivamente. Véase también A. C. Kiss, «“Tchernobâle” ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques», *Annuaire français de droit international*, vol. 33 (1987), págs. 719 a 727.

<sup>883</sup> *Alabama* (véase la nota 87 *supra*), págs. 572 y 573.

<sup>884</sup> *Ibid.*, pág. 612.

<sup>885</sup> *Ibid.*, pág. 613.

<sup>878</sup> Véanse el artículo 5 y su comentario.

10) 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, los Estados están obligados a tomar medidas unilaterales para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo derivado de las actividades a que se refiere el artículo 1. Ésas medidas incluyen, primero, formular políticas destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o minimizar el riesgo de causarlo y, segundo, aplicar esas políticas. Éstas se expresan en la legislación y en los reglamentos administrativos y se aplican mediante diversos mecanismos.

11) 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 extremadamente peligrosas 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 la dimensión 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. Lo que se considera como un grado razonable de cuidado o de diligencia debida puede cambiar con el tiempo; lo que se considera como procedimiento, norma o regla apropiados y razonables en un momento dado quizás no se considere como tal en una fecha futura. En consecuencia, la diligencia debida al garantizar la seguridad requiere que un Estado se mantenga al día de los cambios tecnológicos y de la evolución científica.

12) Es necesario también a este respecto tomar nota del principio 11 de la Declaración de Río, 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 representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo<sup>886</sup>.

13) 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»<sup>887</sup>. 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.

14) El artículo 3 impone al Estado la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Esto puede implicar, entre otras cosas,

la adopción de las medidas que correspondan a manera de precaución suficiente, aunque no exista la certidumbre científica plena, para evitar o prevenir daño grave o irreversible. Esto está bien articulado en el principio 15 de la Declaración de Río y está sujeto a la capacidad de los Estados interesados (véase el comentario a los párrafos 5 a 8 del artículo 10). El cumplimiento eficiente de la obligación de prevención quizá requiera la utilización de la más moderna tecnología en la actividad, así como la asignación de recursos financieros y humanos suficientes con la capacitación necesaria para la gestión y vigilancia de la actividad.

15) Se espera que el operador de la actividad asuma los gastos de prevención en la medida en que sea responsable de la operación. Se espera además que el Estado de origen haga los gastos necesarios para establecer los mecanismos administrativos, financieros y de vigilancia indicados en el artículo 5.

16) Los Estados participan en planes en las esferas de aumento de la capacidad, transferencia de tecnología y recursos financieros que están en evolución y que son recíprocamente beneficiosos. Se reconoce que esos esfuerzos se hacen en aras del interés común de todos los Estados en elaborar normas internacionales uniformes que regulen y apliquen la obligación de prevención.

17) Los principales elementos de la obligación de diligencia debida que implica el deber de prevención pueden expresarse así: el grado de cuidado es el que se espera de un buen gobierno. Éste debe poseer un régimen jurídico y recursos suficientes para mantener un mecanismo administrativo adecuado para controlar y vigilar las actividades. Sin embargo, se entiende que el cuidado que se espera de un Estado de economía y recursos humanos y materiales bien desarrollados y con estructuras de gobierno sumamente evolucionadas es diferente del que se espera de Estados que no se encuentran en posición tan favorable<sup>888</sup>. Pero incluso en este último caso, se espera la vigilancia, el empleo de infraestructura y el seguimiento de las actividades peligrosas en el territorio del Estado, como atributo natural de cualquier gobierno<sup>889</sup>.

18) El grado de cuidado necesario es proporcional al grado de riesgo de que se trate. El grado de daño en sí debería ser previsible y el Estado debe conocer o hubiera debido conocer que la actividad de que se trata implica el riesgo de causar daño sensible. Cuanto mayor sea el grado de daños inadmisibles, mayor hubiera debido ser el cuidado exigido para prevenirlo.

#### Artículo 4.—Cooperación

**Los Estados interesados cooperarán de buena fe y recabarán, según sea necesario, la asistencia de una o**

<sup>888</sup> Véanse A. C. Kiss y S. Doumbé-Billé, «La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Río-de-Janeiro, 3-14 juin 1992)», *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), págs. 823 a 843; M. Kamto, «Les nouveaux principes du droit international de l'environnement», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 1 (1993), págs. 11 a 21; y R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pág. 65.

<sup>889</sup> Véase la observación de Max Huber en el asunto *Biens britanniques au Maroc espagnol* (nota 44 *supra*), pág. 644.

<sup>886</sup> Véase la nota 857 *supra*.

<sup>887</sup> Véase la nota 861 *supra*.

**más organizaciones internacionales competentes, para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.**

#### Comentario

1) El principio de cooperación entre los Estados es esencial para trazar y aplicar políticas eficaces destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. 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 prevén formas más concretas de cooperación en los artículos subsiguientes. En ellos se prevé la participación del Estado que pueda resultar afectado en cualquier medida preventiva, lo cual es indispensable para aumentar la eficacia de esa medida. 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.

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 las Convenciones de Viena de 1969 y de 1978, 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 de 1969 se reconoce el lugar esencial de este principio en el derecho de los tratados. La decisión de la CIJ en el asunto *Essais nucléaires* se refiere al alcance de la aplicación de la buena fe. En ese asunto la Corte proclamó que «[u]no 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»<sup>890</sup>. Ese dictamen de la Corte implica que la buena fe se aplica también a los actos unilaterales<sup>891</sup>. Ciertamente el principio de buena fe abarca «toda la estructura de las relaciones internacionales»<sup>892</sup>.

3) El tribunal de arbitraje establecido en 1985 entre el Canadá y Francia en el caso *La Bretagne* 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 abusiva<sup>893</sup>.

4) Las palabras «los Estados interesados» que figuran en el artículo se refieren al Estado de origen y al Estado

o los Estados que puedan resultar afectados. Si bien se alienta a cooperar a otros Estados que estén en condiciones de contribuir a los fines de estos artículos, ellos no tienen obligación jurídica alguna de hacerlo.

5) El artículo dispone que los Estados, «según sea necesario», recabarán la ayuda de una o más organizaciones internacionales para cumplir las obligaciones de prevención que les incumben a tenor de 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: en primer lugar, la asistencia de las organizaciones internacionales puede no ser necesaria en todos los casos. Por ejemplo, el Estado de origen o los Estados que puedan resultar afectados pueden ser Estados tecnológicamente avanzados y tener la capacidad técnica necesaria. En segundo lugar, el término «organizaciones internacionales» hace referencia a las organizaciones que son competentes y están en condiciones de prestar ayuda en esta materia. En tercer lugar, aun cuando existan organizaciones internacionales competentes sólo podrían prestar la asistencia necesaria de conformidad con sus instrumentos constitutivos. En cualquier caso, el artículo no pretende imponer a las organizaciones internacionales ninguna obligación de responder a peticiones de asistencia al margen de sus propios preceptos constitucionales.

6) Pueden formular solicitudes 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 libera a cada uno de esos 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 dependerán de la naturaleza de la petición, el tipo de asistencia de que se trate y el lugar donde la organización tendría que prestar esa asistencia.

#### Artículo 5.—Aplicación

**Los Estados interesados 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 artículos.**

#### Comentario

1) Este artículo enuncia lo que cabría pensar que es evidente, a saber, que, según 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 destacar el carácter continuo de las obligaciones, que exigen que periódicamente se adopten medidas para prevenir los daños transfronterizos o minimizar el riesgo de causarlos, derivados de actividades a las que se aplican los artículos<sup>894</sup>.

<sup>894</sup> El presente artículo es análogo al párrafo 2 del artículo 2 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, que dice: «Cada Parte adoptará las necesarias medidas jurídicas, administrativas o de otra índole para poner en

<sup>890</sup> Véase la nota 196 *supra*.

<sup>891</sup> M. Virally, «Review essay: good faith in public international law», AJIL, vol. 77, n.º 1 (1983), pág. 130.

<sup>892</sup> Véase R. Rosenstock, «The declaration of principles of international law concerning friendly relations: a survey», AJIL, vol. 65 (1971), pág. 734; con carácter más general, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, París, Presses Universitaires de France, 2000.

<sup>893</sup> ILR, vol. 82 (1990), pág. 614.

2) Las medidas mencionadas en el presente artículo incluyen, por ejemplo, la posibilidad de que las personas interesadas presenten una solicitud o el establecimiento de procedimientos cuasijudiciales. El uso de la expresión «de otra índole» tiene por objeto abarcar las diversas formas en que los Estados pueden aplicar los presentes artículos. En el artículo 5 se mencionan expresamente algunas medidas sólo con el objeto de dar orientación a los Estados; queda a su arbitrio decidir las medidas necesarias y adecuadas. Se hace referencia a «mecanismos de vigilancia apropiados» a fin de destacar las medidas de inspección que los Estados adoptan en general respecto de las actividades peligrosas.

3) 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 realizadas por particulares o empresas, la obligación del Estado se limita a establecer el marco normativo adecuado y a aplicarlo de conformidad con los presentes 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 15.

4) Las medidas a que se refiere el artículo 5 pueden ser adoptadas convenientemente de antemano. Así, los Estados pueden establecer un mecanismo de vigilancia adecuado antes de que se apruebe o se inicie la actividad de que se trate.

#### **Artículo 6.—Autorización**

**1. El Estado de origen establecerá el requisito de su autorización previa para:**

**a) Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control;**

**b) Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado a;**

**c) Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.**

**2. El requisito de la autorización establecido por un Estado será aplicable con respecto a todas las actividades preexistentes que queden comprendidas en el ámbito de aplicación de los presentes artículos. Se revisarán las autorizaciones ya concedidas por el**

**Estado para actividades preexistentes a fin de cumplir lo dispuesto en los presentes artículos.**

**3. En el caso de que no se observen las condiciones de la autorización, el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro 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 en otros lugares 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) El requisito de autorización establecido en el apartado a del párrafo 1 del artículo 6 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 en otros lugares bajo su jurisdicción o control, e implica que ese Estado debe tomar las medidas que se indican en los presentes artículos. Obliga también a los Estados a desempeñar un papel responsable y activo en la reglamentación de esas actividades. El tribunal de arbitraje del caso *Fonderie 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». El tribunal afirmó que, en particular, «debe exigirse de la Fundición Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el estado de Washington»<sup>895</sup>. El apartado a del párrafo 1 del artículo 6 es compatible con ese requisito.

3) La CIJ en el asunto *Détroit de Corfou* sostuvo 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»<sup>896</sup>.

4) Las palabras «en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control» se inspiran en el artículo 2. Las palabras «actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos» introducen todos los requisitos del artículo 1 para que una actividad quede incluida en el ámbito del proyecto de artículos.

5) El apartado b del párrafo 1 del artículo 6 hace aplicable también el requisito de la 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. Algunos ejemplos de cambios importantes son: el aumento de la capacidad de producción, el empleo en gran escala de nuevas tecnologías en una actividad existente, y el nuevo trazado de autopistas o vías rápidas o el cambio de la ruta de una pista de aeropuerto. También

práctica las disposiciones del presente Convenio, 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».

<sup>895</sup> *Fonderie de Trail* (véase la nota 253 *supra*), págs. 1965 y 1966.

<sup>896</sup> *Détroit de Corfou* (véase la nota 35 *supra*), pág. 22.

pueden considerarse partes de un cambio importante los cambios hechos en inversión y producción (volumen y tipo), estructura física o emisiones, y los que aumenten las actividades existentes hasta niveles superiores al umbral permitido<sup>897</sup>. De igual modo, el *apartado c del párrafo 1* del artículo 6 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 6 hace hincapié en que, una vez que un Estado adopta 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. Podría no ser razonable exigir que los Estados que asuman las obligaciones impuestas por estos artículos las apliquen de manera inmediata respecto de actividades existentes. En esos casos podría requerirse un período conveniente para que el explotador de la actividad diera cumplimiento al requisito de la autorización. 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.

7) La revisión prevista en el párrafo 2 tiene lugar por lo general cada vez que se impongan nuevas exigencias legislativas y administrativas en razón de normas de seguridad o de nuevas normas u obligaciones internacionales que el Estado ha aceptado y deba aplicar.

8) El *párrafo 3* del artículo 6 establece las consecuencias cuando el explotador no cumple con las condiciones 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 las condiciones establecidas. Según proceda, ese Estado de origen retirará la autorización y, cuando sea apropiado, prohibirá del todo esa actividad.

#### *Artículo 7.—Evaluación del riesgo*

**Cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos deberá basarse, en particular, en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental.**

#### *Comentario*

1) En virtud del artículo 7, el Estado de origen, antes de conceder la autorización necesaria a los encargados de realizar alguna de las actividades a que se refiere el ar-

tículo 1, debería velar por que se procediera a evaluar el riesgo de que esa actividad pudiera causar un daño transfronterizo sensible. Esa determinación permitirá al Estado estimar la amplitud y la naturaleza del riesgo que pueda crear esa actividad y, por consiguiente, el tipo de medidas preventivas que debería adoptar.

2) La evaluación de las consecuencias en el asunto *Fonderie de Trail* quizá no guarde relación directa con la responsabilidad por riesgo, pero destaca la importancia de evaluar las consecuencias de una actividad que entrañe riesgos sensibles. En dicho asunto, el tribunal indicó que el estudio realizado por científicos de reconocida reputación era «probablemente el más cuidadoso de los hasta el momento efectuados en cualquier sector sometido a la contaminación atmosférica causada por humos industriales»<sup>898</sup>.

3) El requisito que se establece en el artículo 7 está en plena consonancia con el principio 17 de la Declaración de Río, que prevé también la evaluación del riesgo de las actividades que pueden 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 ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente<sup>899</sup>.

El requisito de evaluación de los efectos negativos de una actividad se ha incluido de distintas formas en muchos acuerdos internacionales<sup>900</sup>. El caso más notable es el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo.

4) La práctica de requerir una evaluación del impacto ambiental se ha generalizado a fin de evaluar si una actividad determinada puede causar un daño transfronterizo sensible. La obligación legal de evaluar el impacto ambiental se estableció por vez primera en el derecho estadounidense, en el decenio de 1970. Posteriormente, esa obligación se estableció en el Canadá y en Europa, fundamentalmente por medio de directivas. En 1985 se aprobó una directiva de la Comunidad Europea que exigía a los Estados miembros que observaran unas reglas mínimas de evaluación del impacto ambiental. Desde entonces, muchos otros países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos esa condición como requisito previo para au-

<sup>898</sup> *Fonderie de Trail* (véase la nota 253 *supra*), págs. 1973 y 1974.

<sup>899</sup> Véase la nota 857 *supra*.

<sup>900</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo XI del Convenio regional de Kuwait sobre la cooperación en materia de protección del medio marino contra la contaminación; los artículos 205 y 206 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; la Convención regional sobre la conservación del medio ambiente en el Mar Rojo y en el Golfo de Adén; el artículo 14 del Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales; la Convención para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente de la región del Pacífico sur; el artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; el artículo 8 del Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico; los apartados a y b del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica; y el artículo 4 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales.

<sup>897</sup> Véase CEPE, *Current Policies, Strategies and Aspects of Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.96.II.E.11), pág. 48.

torizar actividades de desarrollo industrial peligrosas<sup>901</sup>. De conformidad con un estudio de las Naciones Unidas, la evaluación del impacto ambiental ha demostrado ya su utilidad para lograr y reforzar el desarrollo sostenible, dado que combina el principio de precaución con el principio de prevención del daño ambiental, y permite también la participación del público<sup>902</sup>.

5) La cuestión de quién debe realizar la evaluación se deja a la discreción de los Estados; normalmente la evaluación se efectúa por explotadores que se atienen a ciertas directivas establecidas por los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados mediante su legislación interna o como partes en los instrumentos internacionales aplicables. No obstante, se supone que el Estado de origen designará una autoridad, gubernamental o no, que examine la evaluación en nombre del gobierno y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad.

6) El artículo no especifica cuál debería ser el contenido de la evaluación del riesgo. Es evidente que la evaluación del riesgo de una actividad sólo puede hacerse eficazmente en la medida en que relacione el riesgo con el posible daño que de éste pueda derivarse. Esto se corresponde con la obligación básica establecida en el artículo 3. La mayor parte de las convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales vigentes no especifican el contenido de la evaluación. Hay excepciones, como el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, que detalla el contenido de esa evaluación<sup>903</sup>. El estudio de 1981 sobre los aspectos jurídicos

del medio ambiente con respecto a la minería y las perforaciones que se llevan a cabo frente a las costas dentro de los límites de la jurisdicción nacional, preparado por el Grupo de Trabajo de Expertos en Derecho Ambiental del PNUMA, se refiere también en detalle, en su conclusión n.º 8, al contenido de la evaluación de la minería y las perforaciones frente a las costas<sup>904</sup>.

7) La determinación detallada del contenido de la evaluación se deja al derecho interno del Estado que la efectúe<sup>905</sup>. A los fines del artículo 7, sin embargo, esa evaluación debería contener por lo menos una estimación de las posibles consecuencias transfronterizas perjudiciales de la actividad. Para que los Estados que puedan resultar afectados estén en condiciones de evaluar el riesgo a que están expuestos tienen que saber qué efectos perjudiciales puede tener la actividad para ellos.

8) 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. Se reconoce claramente la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes.

9) Este artículo no obliga al Estado de origen a exigir una evaluación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Las actividades que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible tienen ciertas características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles de esas actividades pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de los presentes 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 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 de riesgo y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo denunciar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible<sup>906</sup>. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen perjudiciales y que, por lo tanto, es posible que deban considerarse incluidas dentro del ámbito de esos artículos<sup>907</sup>.

<sup>901</sup> Véase CEPE, *Application of Environmental Impact Assessment Principles to Policies, Plans and Programmes* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.92.II.E.28), págs. 43 y ss., estudio de las medidas jurídicas y administrativas adoptadas por diversos países de Europa y América del Norte para la aplicación de la evaluación del impacto ambiental a directivas, planes y programas. Unos 70 países en desarrollo tienen algún tipo de legislación sobre esa evaluación. Otros países están elaborando o proyectan elaborar leyes nuevas o complementarias en la materia; véanse M. Yeater y L. Kurukulasuriya, «Environmental impact assessment legislation in developing countries», en Sun Lin y L. Kurukulasuriya (eds.), *UNEP's New Way Forward: Environmental Law and Sustainable Development*, PNUMA, 1995, pág. 259; y G. J. Martin, «Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?», en *Les hommes et l'environnement* (nota 867 *supra*), págs. 451 a 460.

<sup>902</sup> Véase la nota 897 *supra*.

<sup>903</sup> El artículo 4 del Convenio dispone que la evaluación del impacto ambiental de un Estado Parte debe contener como mínimo la información que se describe en el apéndice II del propio Convenio. En ese apéndice (Contenido de la documentación de evaluación de las consecuencias sobre el medio ambiente) se enumeran los nueve puntos siguientes:

»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.).»

<sup>904</sup> Véase UNEP/GC.9/5/Add.5, anexo III.

<sup>905</sup> Véase el método de evaluación del impacto ambiental adoptado en la mayoría de las legislaciones en M. Yeater y L. Kurukulasuriya, *loc. cit.* (nota 901 *supra*), pág. 260.

<sup>906</sup> Por ejemplo, el Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre 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. Análogamente, el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del Mar Báltico 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. Véanse también el Protocolo sobre la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre y el Acuerdo sobre la protección del Rin contra la contaminación química.

<sup>907</sup> Véase la nota 864 *supra*.

### Artículo 8.—Notificación e información

1. Si la evaluación a que se refiere el artículo 7 muestra que existe un riesgo de causar daño transfronterizo sensible, el Estado de origen deberá hacer la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación al Estado que pueda resultar afectado y le transmitirá la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación.

2. El Estado de origen no tomará decisión alguna con respecto a la autorización de la actividad antes de que reciba, dentro de un plazo que no exceda de seis meses, la respuesta del Estado que pueda resultar afectado.

#### Comentario

1) El artículo 8 trata del caso de que la evaluación realizada por un Estado, de conformidad con el artículo 7, indique que la actividad prevista crea efectivamente un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Este artículo, junto con los artículos 9, 11, 12 y 13, 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 minimizar los daños transfronterizos.

2) El artículo 8 obliga al Estado de origen 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 las planificadas por entidades privadas. La obligación de la notificación es parte indispensable de cualquier sistema orientado a prevenir daños transfronterizos o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlos.

3) La obligación de notificar a otros Estados el riesgo de sufrir daños sensibles a que estén expuestos se recogió en el asunto *Détroit de Corfou*, en que la CIJ dijo que la obligación de advertir se basaba en «consideraciones elementales de humanidad»<sup>908</sup>. Este principio está reconocido en el contexto de los usos de los cursos de agua internacionales y, en ese contexto, se encuentra incorporado en cierto número de acuerdos internacionales, decisiones de cortes y tribunales internacionales, declaraciones y resoluciones adoptados por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales, y en estudios de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales<sup>909</sup>.

4) Además de 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 del Convenio

sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo<sup>910</sup> y en los artículos 3 y 10 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales. El principio 19 de la Declaración de Río se refiere a la notificación oportuna:

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<sup>911</sup>.

5) El procedimiento de notificación ha sido establecido en cierto número de 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 Estados<sup>912</sup>. La recomendación C(74)224 del Consejo 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 sensible<sup>913</sup>. El principio de la notificación está ampliamente asentado en el caso de emergencias ambientales<sup>914</sup>.

6) 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 obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad de conformidad con el artículo 7. 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 utilizado por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos. La referencia a los datos disponibles incluye también los otros datos que puedan llegar a estar disponibles después de transmitir los datos inicialmente disponibles a los Estados que puedan resultar afectados.

7) Los Estados pueden decidir libremente cómo quieren informar a los Estados que puedan resultar afectados.

<sup>910</sup> El párrafo 2 del artículo 3 de ese Convenio establece un complejo sistema de notificación, ya que ésta deberá contener, entre otras cosas: a) información sobre la actividad prevista, incluida toda la disponible sobre su posible impacto transfronterizo; b) la naturaleza de la posible decisión, y c) una indicación de un plazo razonable para la respuesta que se requiere en virtud del párrafo 3 de este artículo; y podrá incluir la información a que se refiere el párrafo 5 de este artículo.

<sup>911</sup> Véase la nota 857 *supra*.

<sup>912</sup> OCDE, *L'OCDE et l'environnement* (véase la nota 875 *supra*), anexo, pág. 104, párr. 1.

<sup>913</sup> *Ibid.*, pág. 167.

<sup>914</sup> Véase el párrafo 1 del comentario al artículo 17.

<sup>908</sup> *Détroit de Corfou* (véase la nota 35 *supra*), pág. 22.

<sup>909</sup> 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 párrafo 6 del comentario del artículo 12 (Notificación de las medidas proyectadas que pueden causar un efecto perjudicial), del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación [*Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), págs. 119 y 120].

En general, se supone que los Estados se pondrán en contacto con los otros Estados directamente, por canales diplomáticos.

8) El párrafo 1 también cubre el 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 en que solamente después de haber emprendido la actividad llegue esa información a su conocimiento. De conformidad con ese párrafo, el Estado de origen, en tales casos, estará obligado a hacer la notificación a los otros Estados que puedan resultar afectados tan pronto como la información llegue a su conocimiento y tenga oportunidad de determinar, en un plazo razonable, cuáles son los Estados interesados.

9) El párrafo 2 trata de la necesidad de que los que puedan resultar afectados respondan dentro de un plazo que no exceda de seis meses. Por lo general, es un plazo que permitirá a estos Estados evaluar los datos correspondientes y sacar sus propias conclusiones. Este requisito está supeditado a la cooperación y la buena fe.

#### *Artículo 9.—Consultas sobre las medidas preventivas*

**1. Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo.**

**2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10.**

**3. Si de resultados de las consultas a que se hace referencia en el párrafo 1 no se llegare a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.**

#### *Comentario*

1) El artículo 9 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 un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Según el momento en que se invoque el artículo 9, las consultas pueden celebrarse antes de la autorización y comienzo de una actividad o durante su realización.

2) Es necesario mantener un 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. En segundo

lugar, no sería justo 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 se consultarán con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que deban adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo.

3) 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 *Lac Lanoux*, 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<sup>915</sup>.

4) En lo que respecta a esta cuestión concreta de la buena fe, es también pertinente la sentencia de la CIJ en el asunto *Compétence en matière de pêcheries*. En su 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»<sup>916</sup>. En los asuntos *Plateau continental de la mer du Nord*, la Corte falló que:

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<sup>917</sup>.

Aun cuando la Corte en este fallo habla de «negociación», se estima 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 respecto de las medidas que han de adoptarse a fin de prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. 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 directivas 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

<sup>915</sup> Véase la nota 873 *supra*.

<sup>916</sup> *Compétence en matière de pêcheries* (Reino Unido *c.* Islandia), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 33, párr. 78.

<sup>917</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (véase la nota 197 *supra*), párr. 85. Véase también párr. 87.

causar daños transfronterizos sensibles o, si esto no es posible, que minimicen el riesgo de causarlos. 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 obligación de diligencia debida, núcleo de las disposiciones destinadas a prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlos, tiene carácter continuo y vale para cada fase de la actividad.

7) El artículo 9 puede invocarse siempre que se plantee la necesidad de adoptar medidas preventivas. Esta cuestión evidentemente puede suscitarse como consecuencia del artículo 8, 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 12 o en el contexto del artículo 11 sobre los procedimientos que se han de aplicar a falta de la notificación.

8) El artículo 9 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 8 o intercambian información en virtud del artículo 12 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 10. Ni el párrafo 2 del presente artículo ni el artículo 10 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 explica en el párrafo 3, 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, cabe recordar el laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux*, 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 negociación<sup>918</sup>. 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 en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. La última parte del párrafo 3 protege los intereses de los Estados que puedan resultar afectados.

#### *Artículo 10.—Factores de un equilibrio equitativo de intereses*

**Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados 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 el Estado que pueda resultar afectado;**

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

**d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;**

**e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de 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 prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades 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. Este artículo se inspira en el artículo 6 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2) La cláusula principal del artículo dispone que, «para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, 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 los presentes artículos y las diferentes situaciones y circunstancias en que se realizarán hacen imposible formular una lista exhaustiva de factores que guarden relación con todos los casos individuales. No se asigna prioridad ni peso a los factores y circunstancias enumerados puesto que algunos de ellos pueden ser más importantes en ciertos casos y otros pueden merecer mayor peso en otros. En general, los factores y circunstancias indicados permitirán a las partes comparar los costos y beneficios que puedan darse en un caso particular.

<sup>918</sup> Véase la nota 873 *supra*.

3) En el apartado a se compara el grado de riesgo del daño transfronterizo sensible con la disponibilidad de medios para 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 tanto cuantitativas como 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 la que el tribunal 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<sup>919</sup>.

En tiempos más recientes, los Estados han negociado lo que podría considerarse como soluciones equitativas a controversias transfronterizas; los acuerdos relativos a las emisiones francesas de potasio en el Rin; a la contaminación de las aguas limítrofes entre los Estados Unidos y México, y a la lluvia ácida en América del Norte y Europa, contienen elementos de esta índole<sup>920</sup>.

5) En el apartado c se compara, de la misma manera que en el apartado a, el riesgo de daño sensible al medio ambiente con la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o aminorar ese riesgo y la posibilidad de rehabilitar el medio ambiente. Es necesario recalcar la importancia particular de la protección del medio ambiente. El principio 15 de la Declaración de Río guarda relación con este párrafo. Al requerir que los Estados apliquen ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades, ese principio 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<sup>921</sup>.

6) El principio de precaución fue afirmado en la Declaración ministerial «panauropea» de Bergen sobre el desarrollo sostenible en la región de la CEPE, aprobada

en mayo de 1990 por los Estados miembros de la CEPE. La Declaración decía: «Las medidas ambientales deben prevenir, prevenir y combatir las causas del deterioro ambiental. Cuando se corre el riesgo de un deterioro grave o irreversible, no se debe invocar la falta de absoluta certeza científica para postergar la adopción de medidas destinadas a evitar el deterioro ambiental»<sup>922</sup>. El principio de precaución fue recomendado por el Consejo de Administración del PNUMA para fomentar la prevención y la eliminación de la contaminación de los mares, que representa una amenaza cada vez mayor para el medio marino y una causa de sufrimientos humanos<sup>923</sup>. El principio de precaución ha sido mencionado o ha sido incorporado sin mención expresa en otras convenciones<sup>924</sup>.

7) De conformidad con la Declaración de Río, el principio de precaución constituye una norma muy general de prudencia. Implica la necesidad de los Estados de examinar continuamente sus obligaciones de prevención a fin de mantenerse al día en los avances del conocimiento científico<sup>925</sup>. La CIJ en su sentencia dictada en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, invitó a las partes a «volver a examinar los efectos sobre el medio ambiente del funcionamiento de la central eléctrica de Gabčíkovo», construida sobre el Danubio de conformidad con el Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčíkovo-Nagymaros de 1977, a la luz de las nuevas exigencias de la protección ambiental<sup>926</sup>.

<sup>922</sup> Informe de la CEPE sobre la Conferencia de Bergen (8 a 16 de mayo de 1990), A/CONF.151/PC/10, anexo I, párr. 7.

<sup>923</sup> Decisión 15/27 (1989) del Consejo de Administración, véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 25 (A/44/25)*, anexo I. Véase también P. Sands, *op. cit.* (nota 863 *supra*), pág. 210.

<sup>924</sup> Véanse el párrafo 3 del artículo 4 de la Convención de Bamako relativa a la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos; el párrafo 3 del artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el artículo 174 (ex artículo 130r) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tal como ha sido modificado por el Tratado de Amsterdam; y el artículo 2 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono. Cabe señalar que tratados anteriores aplicaron el principio de precaución en un sentido muy general sin hacer referencia explícita a él.

<sup>925</sup> Sobre el principio de precaución en general, véanse H. Hohmann, *Präventive Rechtspflichten und -prinzipien des modernen Umweltvölkerrechts: Zum Stand des Umweltvölkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz*, Berlín, Duncker und Humblot, 1992, págs. 406 a 411; J. Cameron, «The status of the precautionary principle in international law» en T. O'Riordan y J. Cameron (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Londres, Earthscan, 1994, págs. 262 a 289; H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle - International Environmental Law between Exploitation and Protection*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1994; D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, La Haya, Kluwer, 1996; A. Epiney y M. Scheyli, *op. cit.* (nota 879 *supra*), págs. 103 a 125; P. Martin-Bidou, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *RGDIP*, vol. 103, n.º 3 (1999), págs. 631 a 666; y N. de Sadeleer, «Réflexions sur le statut juridique du principe de précaution», en E. Zaccai y J.-N. Missa (eds.), *Le principe de précaution: significations et conséquences*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, págs. 117 a 142.

<sup>926</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 27 *supra*), págs. 77 y 78, párr. 140. Sin embargo, en este asunto la Corte no aceptó la pretensión de Hungría de denunciar el Tratado por razones de «estado de necesidad ecológico» a consecuencia de riesgos para el medio ambiente que no se habían detectado en el momento de concertar el tratado. Declaró que podían utilizarse otros medios para poner remedio a ese vago «peligro»; véanse los párrafos 49 a 58 de la sentencia, págs. 39 a 46.

<sup>919</sup> *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung*, Staatsgerichtshof alemán, 18 de junio de 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlín, vol. 116, apéndice, págs. 18 y ss.; véase también *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1931, vol. 4, pág. 131; *Kansas v. Colorado, United States Reports*, vol. 206 (1921), pág. 100 (1907), y *Washington v. Oregon*, *ibíd.*, vol. 297 (1936), pág. 517 (1936).

<sup>920</sup> Véanse el Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros, con su Protocolo adicional; el Acuerdo sobre la solución permanente y definitiva del problema internacional de la salinidad del río Colorado [ILM, vol. 12, n.º 5 (septiembre de 1973), pág. 1105]; la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la calidad del aire, de 1991 [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1852, n.º 31532, pág. 79, reproducido en ILM, vol. 30 (1991), pág. 678]. Véase también A. E. Boyle y D. Freestone, *op. cit.* (nota 863 *supra*), pág. 80; e I. Romy, *Les pollutions transfrontières des eaux: l'exemple du Rhin*, Lausana, Payot, 1990.

<sup>921</sup> Véase la nota 857 *supra*.

8) Los Estados deben examinar medios convenientes para restablecer, en lo posible, la situación existente antes de que se produjera el daño. Se consideró que esto debía subrayarse como factor que habrán de tener en cuenta los Estados interesados que adopten medidas favorables al medio ambiente.

9) 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 puedan resultar afectados de contribuir al costo de la prevención. Por ejemplo, si los Estados que puedan resultar 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 que el Estado de origen está obligado a adoptar de conformidad con los presentes artículos.

10) Esas consideraciones están de acuerdo con los fundamentos del llamado principio de «quien contamina paga». Este principio fue introducido por el Consejo de la OCDE en 1972<sup>927</sup>. El principio de quien contamina paga fue reconocido a nivel mundial al ser aprobado como principio 16 de la Declaración de Río. Decía así:

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la incorporación de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales<sup>928</sup>.

Este principio es considerado como el medio más eficaz para asignar el costo de la prevención y de las medidas de control de la contaminación, a fin de fomentar la utilización racional de unos recursos escasos. Fomenta también la internalización del costo de las medidas técnicas públicamente impuestas, como preferibles a las ineficiencias y distorsiones de la competencia que producen las subvenciones gubernamentales<sup>929</sup>. Este principio figura mencionado explícitamente en el artículo 174 (ex artículo 130r) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tal como ha sido modificado por el Tratado de Amsterdam.

11) La expresión «cuando corresponda» indica que el Estado de origen y los Estados que puedan resultar afectados no están en el mismo nivel en cuanto a la contribución

a los gastos de prevención. Con frecuencia los Estados interesados inician negociaciones respecto de la distribución de los gastos de las medidas preventivas. Al hacerlo, actúan sobre la base del principio básico derivado del artículo 3, en cuya virtud esos gastos deben correr a cargo del operador o del Estado de origen. Esas negociaciones tienen lugar principalmente en los casos en que no hay acuerdo respecto de la cuantía de las medidas preventivas y en que el Estado afectado contribuye a los gastos de las medidas preventivas a fin de asegurar un mayor grado de protección, por encima de lo que el Estado de origen considera que es esencial garantizar. Ese vínculo entre la distribución de los gastos y la cuantía de las medidas preventivas se refleja en particular en el *apartado d*.

12) 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 evaluarse también en función de la posibilidad de cambiar el emplazamiento, 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 resultados comparables con otra actividad sin riesgo, o con un riesgo inferior, de daño transfronterizo sensible.

13) Según el *apartado f* los Estados deben tener en cuenta también las normas de prevención aplicadas a las mismas actividades o a actividades comparables en los Estados que puedan resultar afectados o en otras regiones o, si existen, las normas internacionales de prevención aplicables a actividades semejantes. 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.

#### *Artículo 11.—Procedimientos aplicables a falta de notificación*

**1. Si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en el Estado de origen puede entrañar un riesgo de causarle daño transfronterizo sensible, podrá solicitar al Estado de origen que aplique la disposición del artículo 8. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.**

**2. En caso de que el Estado de origen llegue, no obstante, a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8, informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclu-**

<sup>927</sup> Véanse la recomendación C(72)128 del Consejo de la OCDE sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza (OCDE, *Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*) y la directiva de la OCDE sobre el medio ambiente, derecho a la igualdad de acceso y no discriminación en relación con la contaminación transfronteriza, mencionadas en «Estudio de los regímenes de responsabilidad...» (véase la nota 846 *supra*), párrs. 102 a 130.

<sup>928</sup> Véase la nota 857 *supra*.

<sup>929</sup> Véanse G. Hafner, «Das Verursacherprinzip», *Economy-Fachmagazin* n.º 4/90 (1990), págs. F23 a F29; S. E. Gaines, «The polluter-pays principle: From economic equity to environmental Ethos», *Texas International Law Journal*, vol. 26 (1991), pág. 470; H. Smets, «The polluter-pays principle in the early 1990s», en L. Campiglio *et al.* (eds.), *The Environment after Río. International Law and Economics*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1994, pág. 134; «Estudio de los regímenes de responsabilidad...» (nota 846 *supra*), párr. 113; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: aplicación y ejecución, informe del Secretario General (E/CN.17/1997/8), párrs. 87 a 90; y A. Epiney y M. Scheyli, *op. cit.* (nota 879 *supra*), pág. 152.

sión, a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9.

**3. Durante las consultas, el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable.**

#### Comentario

1) El artículo 11 trata de la situación en que un Estado, a pesar de no haber recibido notificación de una actividad de conformidad con el artículo 8, toma conocimiento de que se está llevando a cabo una actividad en el Estado de origen, bien sea por el propio Estado o por un operador privado, y tiene motivos razonables para creer que esa actividad entraña un riesgo de causarle un daño sensible.

2) La expresión «un Estado» no excluye la posibilidad de que más de un Estado crea que una actividad proyectada puede dañarle de manera sensible. Las palabras «que aplique la disposición del artículo 8» no deben interpretarse en el sentido de que el Estado que tiene la intención de autorizar o ha autorizado una actividad ha incumplido necesariamente sus obligaciones en virtud del artículo 8. En otras palabras, ese Estado puede haber hecho una evaluación del riesgo de que la actividad prevista cause un daño transfronterizo sensible y haber llegado de buena fe a la conclusión de que no se derivarían tales efectos de dicha actividad. El párrafo 1 permite que un Estado pida al Estado de origen que reconsidere su evaluación y sus conclusiones, y no prejuzga si el Estado de origen cumplió inicialmente las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8.

3) El Estado que pueda resultar afectado sólo podrá hacer tal petición si se cumplen dos condiciones. La primera es que el Estado solicitante tenga «motivos razonables para creer» que la actividad de que se trate puede entrañar un riesgo de causarle un daño transfronterizo sensible. La segunda es que el Estado solicitante presente «una exposición documentada de sus motivos». El objeto de estas condiciones es que el Estado solicitante tenga algo más que un temor vago y carente de fundamento. Es necesaria una creencia seria y fundamentada, en particular dada la posibilidad de pedir al Estado de origen que suspenda la ejecución de sus planes con arreglo al párrafo 3 del artículo 11.

4) La primera frase del párrafo 2 trata del caso de que el Estado que proyecta tomar las medidas llegue a la conclusión, después de reconsiderar su posición, como se indica en el párrafo 2 del presente comentario, de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8. En tal situación, el párrafo 2 tiene por objeto mantener un justo equilibrio entre los intereses de los Estados interesados, exigiendo que el Estado de origen ofrezca el mismo tipo de justificación de su conclusión que los que se exigen al Estado solicitante en virtud del párrafo 1. La segunda frase del párrafo 2 trata del supuesto de que la conclusión del Estado de origen no satisfaga al Estado solicitante. Exige que en tal situación el Estado de origen inicie sin demora consultas con el otro Estado (o Estados)

a petición de este (estos) último(s). Las consultas se han de realizar en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 9. En otras palabras, su objeto es hallar «soluciones aceptables» con respecto a las medidas que han de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causararlo, y que las soluciones que se persigan estén «basadas en un equilibrio equitativo de intereses». Estas frases se han examinado en el comentario del artículo 9.

5) El párrafo 3 requiere que el Estado de origen adopte medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, que suspenda la actividad de que se trate por un período razonable, si así se lo pide el otro Estado durante las consultas. Los Estados interesados podrían acordar también otra cosa.

6) Otros instrumentos jurídicos contienen disposiciones análogas. El artículo 18 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y el párrafo 7 del artículo 3 del Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo prevén también un procedimiento por el cual un Estado que pueda verse afectado por una actividad puede iniciar consultas con el Estado de origen.

#### Artículo 12.—Intercambio de información

**Mientras se lleve a cabo la actividad, los Estados interesados deberán intercambiar oportunamente toda la información disponible sobre esa actividad que sea pertinente para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causararlo. Ese intercambio de información continuará hasta que los Estados interesados lo consideren oportuno, incluso hasta después de que haya terminado la actividad.**

#### Comentario

1) El artículo 12 trata de las medidas que deben adoptarse *después* de que se haya emprendido una actividad. La finalidad de todas esas medidas es la misma que la de los artículos anteriores, es decir, prevenir o, en cualquier caso, reducir al mínimo el riesgo de daño transfronterizo sensible.

2) El artículo 12 obliga al Estado de origen y a los demás Estados interesados a intercambiar información sobre la actividad después de haber sido ésta emprendida. La frase «sobre esa actividad» después de las palabras «toda la información disponible» tiene por objeto poner de relieve el vínculo que existe entre la información y la actividad y que no se trata de cualquier información. El deber de prevención basado en el concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere un esfuerzo continuado. Ello significa que la diligencia debida no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse ésta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga.

3) La información que se debe intercambiar, en virtud del artículo 12, será toda la que resulte útil, en el caso

concreto, para prevenir el riesgo de daño sensible. Normalmente, el Estado de origen tendrá conocimiento de esa información. Sin embargo, el Estado que pueda resultar afectado, cuando tenga alguna información que pueda ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen.

4) La obligación de intercambiar información es bastante usual en las convenciones orientadas a prevenir o aminorar los daños ambientales y transfronterizos. Esas convenciones prevén diversas formas de reunir e intercambiar información, ya sea entre las partes o bien proporcionando la información a una organización internacional que la ponga a disposición de otros Estados<sup>930</sup>. En el contexto de los presentes artículos, cuando las actividades pueden afectar sólo a algunos Estados, el intercambio de información podrá realizarse entre los Estados directamente interesados. Cuando las actividades puedan afectar a un gran número de Estados, la información pertinente podrá intercambiarse por otros medios como, por ejemplo, a través de las organizaciones internacionales competentes.

5) El artículo 12 obliga a que la información se intercambie *oportunamente*. Esto significa que el Estado, cuando tenga conocimiento de esa información, deberá informar rápidamente a los demás Estados a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas.

6) El artículo no establece ningún requisito en cuanto a la frecuencia del intercambio de información. La obligación del artículo 12 sólo surge cuando los Estados tienen alguna información que sea pertinente para prevenir o en todo caso minimizar el riesgo de daño transfronterizo.

7) La segunda frase del artículo 12 tiene por objeto velar por que se proceda al intercambio de información a tenor de esta disposición no sólo «mientras se lleve a cabo» una actividad, sino incluso después de que esa actividad cese de existir, si deja detrás de sí subproductos o materiales asociados con la actividad que deban vigilarse para evitar el riesgo de daño transfronterizo sensible. Cabe citar como ejemplo a este respecto la actividad nuclear, que deja desechos nucleares incluso después de haber terminado. Pero también sirve para reconocer que las consecuencias de ciertas actividades, incluso después de que hayan terminado, siguen constituyendo un riesgo sensible de daño transfronterizo. En tales circunstancias,

<sup>930</sup> Por ejemplo, el artículo 10 del Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre, el artículo 200 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el artículo 4 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono hablan de investigaciones aisladas o conjuntas de los Estados Partes sobre la prevención o la reducción de la contaminación, y de su comunicación mutua directamente o por conducto de la organización internacional competente. En el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia se regulan la investigación y el intercambio de información sobre los efectos de las actividades emprendidas por los Estados Partes. Se encuentran ejemplos en otras convenciones, como el inciso iii) del apartado b del párrafo 1 de la sección VI del Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas (véase la nota 871 *supra*), el artículo 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el artículo 13 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

las obligaciones del Estado de origen no terminan con la conclusión de la actividad.

### *Artículo 13.—Información al público*

**Los Estados interesados deberán proporcionar, por los medios apropiados, al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, y consultarán su opinión.**

#### *Comentario*

1) El artículo 13 requiere que los Estados, siempre que sea posible y por los medios apropiados, faciliten al público que pueda resultar afectado, de su propio Estado o de otros Estados, información relativa al riesgo que entraña una actividad y a los daños que pudieran derivarse de ella, con el fin de conocer sus opiniones. Por tanto, el artículo requiere de los Estados a) que faciliten al público información sobre la actividad y sobre el riesgo y los daños que supone y b) que averigüen la opinión del público. 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, el artículo carecería de sentido.

2) Los datos que han de facilitarse al público comprenden la información sobre la actividad en sí, 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 8 o en la evaluación que haga el Estado que pueda resultar afectado, de conformidad con el artículo 11.

3) Este artículo se inspira en las nuevas tendencias del derecho internacional, en general, y del derecho ambiental, en particular, que tratan de hacer participar en las decisiones a las personas cuyas vidas, salud, bienes y entorno puedan resultar afectados, dándoles la oportunidad de exponer sus opiniones y de ser oídas por los encargados de adoptar las decisiones finales.

4) El principio 10 de la Declaración de Río prevé la participación del público en el proceso de adopción de decisiones de la manera siguiente:

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<sup>931</sup>.

5) Otros instrumentos internacionales recientes sobre cuestiones ambientales han requerido de los Estados que faciliten al público información y le den la oportunidad de

<sup>931</sup> Véase la nota 857 *supra*.

participar en las decisiones. A este respecto son pertinentes los párrafos 1 y 2 de la sección 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 naturales 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<sup>932</sup>.

Asimismo, el párrafo 8 del artículo 3 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo; el artículo 17 del Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del Mar Báltico; el artículo 6 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (art. 16); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (art. 9 y anexo VIII); el artículo 12 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales; las directivas del Consejo Europeo 90/313/CEE sobre Libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente<sup>933</sup> y 96/82/CE sobre el control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas<sup>934</sup>; y la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza<sup>935</sup> disponen que se informe al público.

6) Hay muchas modalidades de participación en la adopción de decisiones. El examen de los datos y de la información sobre los 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, ya de grupos de ciudadanos interesados, son algunas de las maneras de participar en las decisiones. 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 13 se limita con la oración «por los medios apropiados», que tiene por objeto dejar que los Estados, de conformidad con su derecho interno y su política oficial, decidan la manera de facilitar esa información en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de proporcionarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales,

los organismos públicos o las autoridades locales. En el caso del público ubicado fuera de las fronteras del Estado, la información puede facilitarse, si corresponde, usando los buenos oficios del Estado interesado, 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, y antes de responder a la notificación, informará por los medios apropiados, al sector de su público que pueda ser perjudicado.

9) El término «público» abarca los individuos, los grupos de interés (organizaciones no gubernamentales) y los expertos independientes. Por «público» en general se entienden las personas que no están organizadas en grupos ni se han afiliado a grupos concretos. Se puede fomentar la participación del público mediante la celebración de reuniones o audiencias públicas. Debe darse al público la oportunidad de celebrar consultas y debe facilitarse su participación brindándole la información necesaria sobre la política, el plan o el programa propuestos que se estén examinando. Ahora bien, las exigencias de confidencialidad pueden afectar el grado de participación del público en el proceso de evaluación. Además, frecuentemente el público no participa, o lo hace mínimamente, en los intentos de determinar el alcance de las políticas, los planes o los programas. La participación del público en el examen de un proyecto de documento o en la evaluación del efecto ambiental sería útil para obtener información sobre las preocupaciones relativas a las medidas propuestas, otras posibles soluciones y el impacto potencial en el medio ambiente<sup>936</sup>.

10) Aparte de la conveniencia de fomentar la participación del público en la adopción de decisiones a escala nacional sobre cuestiones vitales relativas al desarrollo y a los niveles de tolerancia de daño, a fin de hacer más legítimas las decisiones adoptadas y conseguir un mayor grado de cumplimiento, se ha sugerido que esa participación se considere incluso un derecho cada vez más importante en el contexto de la legislación nacional y la normativa internacional<sup>937</sup>.

#### *Artículo 14.—Seguridad nacional y secretos industriales*

**Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para la protección de secretos industriales o derechos de propiedad intelectual podrán no ser transmitidos, pero el Estado de origen cooperará de buena fe con el Estado que pueda resultar afectado para proporcionar toda la información posible en atención a las circunstancias.**

<sup>936</sup> Véase CEPE, *Application of Environmental Impact Assessment Principles...* (nota 901 *supra*), págs. 4 y 8.

<sup>937</sup> Véase T. M. Franck, «Fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law», *Recueil des cours...*, 1993-III (Dordrecht), Martinus Nijhoff, vol. 240 (1994), pág. 110. Véase también D. Craig y D. Ponce Nava, «Indigenous peoples' rights and environmental law», en Sun Lin y L. Kurukulasuriya (eds.), *op. cit.* (nota 901 *supra*), págs. 115 a 146.

<sup>932</sup> Véase la nota 871 *supra*.

<sup>933</sup> *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 158, de 23 de junio de 1990, pág. 56.

<sup>934</sup> *Ibid.*, n.º L 10, de 14 de enero de 1997, pág. 13.

<sup>935</sup> Véase la nota 875 *supra*.

*Comentario*

1) El artículo 14 tiene por objeto establecer una excepción restringida a la obligación de los Estados de facilitar información en virtud de los artículos 8, 12 y 13. No debe obligarse a los Estados a revelar información vital para su seguridad nacional. Este tipo de cláusula no es raro en los tratados que requieren intercambio de información. El artículo 31 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación prevé también una excepción semejante a la obligación de revelar información vital para la defensa o la seguridad nacionales.

2) En el artículo 14 se incluyen los secretos industriales y la información protegida por los derechos de propiedad intelectual, además de la seguridad nacional. Aunque los secretos industriales forman parte de los derechos de propiedad intelectual, se han utilizado ambas expresiones para dar cobertura suficiente a los derechos protegidos. En el contexto de estos artículos es muy probable que alguna de las actividades comprendidas en el artículo 1 implique el uso de tecnología avanzada con cierta clase de información que esté protegida por el derecho interno. Normalmente la legislación de los Estados determina la información que se considera secreto industrial y la protege. Este tipo de cláusula de salvaguardia no es raro en los instrumentos jurídicos que regulan el intercambio de información sobre actividades industriales. Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y el párrafo 8 del artículo 2 de la Convención sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo prevén una protección similar para los secretos industriales y comerciales.

3) El artículo 14 reconoce la necesidad de equilibrar los intereses legítimos del Estado de origen y los de los Estados que puedan resultar afectados. Por tanto, requiere que el Estado de origen que no transmita información por razones de seguridad o de secreto industrial coopere de buena fe con los demás Estados facilitando toda la información que sea posible según las circunstancias. Las palabras «toda la información posible» incluyen, por ejemplo, la descripción general del riesgo y del tipo y magnitud de los daños a que esté expuesto un Estado. Las palabras «en atención a las circunstancias» se refieren a las condiciones invocadas para no transmitir la información. En lo esencial, el artículo 14 se basa en la cooperación de buena fe de las partes y la estimula.

*Artículo 15.—No discriminación*

**Salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa para la protección de los intereses de las personas, naturales o jurídicas, que estén o puedan estar expuestas al riesgo de un daño transfronterizo sensible como resultado de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos, un Estado no discriminará por motivos de nacionalidad o residencia o de lugar en que pueda ocurrir el daño, al garantizar a esas personas, de conformidad con su ordenamiento jurídico, acceso a los procedimientos judiciales o de otra índole para que soliciten protección u otro remedio apropiado.**

*Comentario*

1) Este artículo sienta el principio básico de que el Estado de origen ha de garantizar el acceso a sus procedimientos judiciales y de otra índole sin discriminación por razón de la nacionalidad, la residencia o el lugar en que pueda ocurrir el daño. El contenido del artículo se basa en el artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

2) El artículo 15 contiene dos elementos básicos, a saber: la no discriminación por la nacionalidad o la residencia y la no discriminación por el lugar en que pueda ocurrir el daño. La norma obliga a los Estados a garantizar que toda persona, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, que pueda sufrir un daño transfronterizo sensible a causa de las actividades a que se refiere el artículo 1, con independencia del lugar en que se haya producido el daño, reciba el mismo trato que el concedido por el Estado de origen a sus nacionales en caso de daños de carácter interno. No se pretende que esta obligación pueda afectar a la práctica de algunos Estados que exigen a los no residentes o extranjeros prestar fianza como condición para recurrir al sistema judicial, a fin de cubrir las costas judiciales u otros gastos. Según este artículo, esa práctica no es «discriminatoria» y a ella se refieren las palabras «de conformidad con su ordenamiento jurídico».

3) El artículo 15 dispone también que el Estado de origen no puede discriminar por razón del lugar en que pueda ocurrir el daño. Es decir, si se causó un daño sensible en el Estado A como consecuencia de una actividad prevista en el artículo 1 realizada en el Estado B, éste no puede oponerse a una acción basándose en que el daño se produjo fuera de su jurisdicción.

4) Esta norma es subsidiaria, como indican sus palabras «salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa». En consecuencia, los Estados interesados pueden ponerse de acuerdo sobre la mejor manera de dar protección u otro remedio a las personas que puedan sufrir un daño sensible, por ejemplo, mediante un acuerdo bilateral. En virtud de los presentes artículos se alienta a los Estados interesados a convenir en un régimen especial para las actividades que entrañen el riesgo de daño transfronterizo sensible. En esos acuerdos los Estados pueden prever también la manera de proteger los intereses de las personas afectadas en caso de daño transfronterizo sensible. Las palabras «para la protección de los intereses de las personas» se utilizan para dejar claro que el artículo no pretende sugerir que los Estados puedan de común acuerdo decidir discriminar en cuanto al acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole o al derecho a indemnización. El acuerdo entre los Estados debe siempre tener por objeto proteger los intereses de las víctimas del daño.

5) En los acuerdos internacionales y en las recomendaciones de las organizaciones internacionales se encuentran precedentes de la obligación prevista en este artículo. Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención sobre la protección del medio ambiente entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, dispone lo siguiente:

Las personas que sufran daños causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente en otro Estado contratante tendrán derecho a impugnar ante el tribunal o la autoridad administrativa pertinente de

ese Estado la licitud de tales actividades, incluida la cuestión de las medidas encaminadas a prevenir los daños, y a apelar de la decisión del tribunal o la autoridad administrativa en la misma forma y medida que las entidades legales del Estado en que las actividades se realicen.

Las disposiciones del primer párrafo de este artículo se aplicarán igualmente al caso de las acciones entabladas para obtener indemnización de los daños causados por actividades perjudiciales para el medio ambiente. La cuestión de la indemnización se resolverá con arreglo a normas que no serán menos favorables a la parte lesionada que las normas de indemnización del Estado en que se realicen las actividades<sup>938</sup>.

6) El Consejo de la OCDE ha adoptado la recomendación C(77)28(Final) sobre la aplicación de un régimen de igualdad de acceso y no discriminación en materia de contaminación transfronteriza. En el apartado *a* del párrafo 4 del anexo de esa recomendación se dispone lo siguiente:

Los países de origen velarán por que cualquier persona que haya sufrido un daño por contaminación transfronteriza o que esté expuesta a un riesgo sensible de contaminación transfronteriza reciba un trato que sea por lo menos tan favorable como el otorgado en el país de origen en casos de contaminación interna y en circunstancias comparables a personas de situación o de condición equivalentes<sup>939</sup>.

### Artículo 16.—Preparación para casos de emergencia

**El Estado de origen deberá establecer planes de contingencia para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con el Estado que pueda resultar afectado y con las organizaciones internacionales competentes.**

#### Comentario

1) En este artículo se enuncia una obligación que exige medidas de anticipación más bien que de reacción. El texto del artículo 16 se basa en el párrafo 4 del artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que dice:

De ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a las situaciones de emergencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes.

Está plenamente reconocida la necesidad de elaborar planes para hacer frente a posibles situaciones de emer-

gencia<sup>940</sup>. El deber de evitar los desastres ambientales obliga a los Estados a adoptar medidas y procedimientos de seguridad a fin de reducir al mínimo la probabilidad de graves accidentes ambientales, tales como los de los reactores nucleares, los derrames de sustancias químicas tóxicas, los vertimientos de petróleo o los incendios forestales. De ser necesario, los Estados pueden negociar y acordar medidas concretas de seguridad o de emergencia respecto de la gestión de los riesgos de daños transfronterizos sensibles, y esas medidas de seguridad pueden referirse: *a*) a la adopción de normas de seguridad para la ubicación y el funcionamiento de las plantas y vehículos industriales y nucleares; *b*) a la conservación del equipo y las instalaciones para que se observen en todo momento las medidas de seguridad; *c*) a la vigilancia de las instalaciones, los vehículos o las condiciones a fin de detectar los posibles peligros, y *d*) a la capacitación de los trabajadores y al seguimiento de su actividad para que se cumplan las normas de seguridad. Tales planes de emergencia deberían abarcar el establecimiento de sistemas de alarma temprana.

2) Si bien los Estados de origen deben asumir la responsabilidad primordial de la elaboración de planes de contingencia, en muchos casos puede ser apropiado prepararlos en cooperación con otros Estados que puedan resultar afectados y con las organizaciones internacionales competentes. Por ejemplo, puede ocurrir que los planes de emergencia necesiten la intervención de otros Estados que puedan resultar afectados, así como de organizaciones internacionales competentes en una esfera determinada<sup>941</sup>. Además, la solución más eficaz puede consistir en que una organización internacional competente de la que sean miembros los Estados interesados coordine las medidas en las situaciones de emergencia.

3) También es mejor elaborar los planes de contingencia mediante la creación de comisiones conjuntas o mixtas integradas por representantes de todos los Estados interesados. Asimismo habría que establecer en los países puntos de contacto que se encargasen de analizar las cuestiones y utilizarasen los medios de comunicación más modernos adaptados a las medidas de alarma temprana<sup>942</sup>. Bien conocidos son los planes de contingencia para

<sup>940</sup> Véase E. Brown Weiss, «Environmental disasters in international law», *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, OEA, Washington D.C., 1987, págs. 141 a 169. La resolución n.º 13, de 17 de diciembre de 1983, del Consejo Europeo sobre Derecho Ambiental relativa a los Principios aplicables a la cooperación internacional en las situaciones de emergencia ambiental relacionadas con el desarrollo tecnológico pide expresamente que se pongan límites a la localización de todas las instalaciones peligrosas, que se adopten normas de seguridad para reducir el riesgo de incidentes y que se elaboren planes de vigilancia y de acción en caso de emergencia [véase *Environmental Policy and Law*, vol. 12, n.º 3 (abril de 1984), pág. 68]. Véase también G. Handl, *op. cit.* (nota 871 *supra*), págs. 62 a 65.

<sup>941</sup> Véase una reseña de los diversos planes de contingencia elaborados por varios organismos y organizaciones internacionales como el PNUMA, la FAO, el Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre, el ACNUR, el UNICEF, la OMS, el OIEA y el CICR en B. G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Kluwer, 1991, capítulo 7 (The Practice of Early-Warning: Environment, Basic Needs and Disaster-Preparedness), págs. 143 a 168.

<sup>942</sup> Respecto del establecimiento de comisiones mixtas, véanse, por ejemplo, el Tratado de 1960 sobre las aguas del Indo y el Acuerdo sobre la protección del Rin contra la contaminación química.

<sup>938</sup> Disposiciones similares pueden encontrarse en el párrafo 6 del artículo 2 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo; las Directrices sobre la responsabilidad y la obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas, parte II.E.8, preparadas por el Grupo Especial sobre responsabilidad y obligación de reparar en caso de contaminación de aguas transfronterizas (documento ENVWA/R.45, anexo); y en el párrafo 6 del proyecto de Carta de la CEPE sobre derechos y obligaciones ambientales preparado en una reunión de expertos en derecho ambiental, 25 de febrero a 1.º de marzo de 1991 (documento ENVWA/R.38, anexo I).

<sup>939</sup> OCDE, *L'OCDE et l'environnement* (véase la nota 875 *supra*), pág. 150. En el mismo sentido va el principio 14 de los Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA (véase la nota 862 *supra*). El principio del acceso igual se examina en S. van Hoogstraten, P. Dupuy y H. Smets, «L'égalité d'accès: pollution transfrontière», *Environmental Policy and Law*, vol. 2, n.º 2 (junio de 1976), pág. 77.

casos de contaminación del mar. Los Estados están obligados a preparar esos planes en virtud del artículo 199 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La obligación de elaborar planes de contingencia también se halla en ciertos acuerdos bilaterales y multilaterales referentes a los incendios forestales, los accidentes nucleares y otras catástrofes ambientales<sup>943</sup>. En el artículo 15 de la Convención para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en la región del Pacífico sur se prescribe que «Las Partes elaborarán planes de contingencia, individuales y conjuntos, para intervenir en casos de incidentes».

#### *Artículo 17.—Notificación de una emergencia*

**El Estado de origen deberá notificar sin demora y por los medios más rápidos de que disponga al Estado que pueda resultar afectado cualquier situación de emergencia relacionada con una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos y facilitarle toda la información pertinente disponible.**

#### *Comentario*

1) Este artículo trata de las obligaciones del Estado de origen que tiene que hacer frente a una situación de emergencia. Sus disposiciones se basan en el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que dice así:

El Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier situación de emergencia que sobrevenga en su territorio.

Se enuncian obligaciones similares, por ejemplo, en el principio 18 de la Declaración de Río<sup>944</sup>; la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares<sup>945</sup>; el artículo 198 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica; el apartado *c* del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra

<sup>943</sup> Esos acuerdos se mencionan en E. Brown Weiss, *loc. cit.* (nota 940 *supra*), pág. 148.

<sup>944</sup> Véase la nota 857 *supra*.

<sup>945</sup> El artículo 5 de esta Convención prescribe los datos detallados que han de notificarse a los Estados que puedan resultar afectados: «a) el momento, el lugar exacto cuando proceda, y la naturaleza del accidente nuclear; b) la instalación o actividad involucrada; c) la causa supuesta o determinada y la evolución previsible del accidente nuclear en cuanto a la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; d) las características generales de la liberación radiactiva, incluidas, en la medida en que sea posible y apropiado, la naturaleza, la forma física y química probable y la cantidad, composición y altura efectiva de la liberación radiactiva; e) información sobre las condiciones meteorológicas e hidrológicas actuales y previstas, necesaria para pronosticar la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; f) los resultados de la vigilancia ambiental pertinentes en relación con la liberación transfronteriza de los materiales radiactivos; g) las medidas de protección adoptadas o planificadas fuera del emplazamiento; h) el comportamiento previsto, en el tiempo, de la liberación radiactiva».

la contaminación por hidrocarburos, 1990; y varios otros acuerdos sobre cursos de agua internacionales<sup>946</sup>.

2) Según este artículo, la gravedad del daño, junto con el carácter repentino de la situación de emergencia, justifica las medidas requeridas. Sin embargo, la consideración de ese carácter repentino no significa que deba tratarse necesariamente de una situación totalmente imprevista. Los sistemas de alarma temprana establecidos o la previsión de graves perturbaciones meteorológicas pueden indicar la inminencia de una situación de emergencia. Ello puede dar a los Estados interesados cierto tiempo para reaccionar y adoptar medidas razonables, factibles y prácticas para evitar o, por lo menos, mitigar los efectos perjudiciales de esas emergencias. Las palabras «sin demora» se refieren a que la notificación debe hacerse en cuanto se tiene noticia de ella y la frase «por los medios más rápidos de que disponga» indica que deben utilizarse los medios de comunicación más rápidos a los que pueda recurrir el Estado.

3) Las situaciones de intervención urgente pueden ser el resultado de causas naturales o del comportamiento del hombre. Las medidas que han de tomarse a este respecto no deben redundar en perjuicio de las acciones por responsabilidad civil cuyo tratamiento queda fuera del alcance de los presentes artículos.

#### *Artículo 18.—Relación con otras normas de derecho internacional*

**Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación de los Estados de conformidad con los tratados pertinentes o con las normas del derecho internacional consuetudinario.**

#### *Comentario*

1) El artículo 18 tiene por objeto dejar claro que los presentes artículos se entienden 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 estos artículos se aplican. Por lo tanto, del hecho de que una actividad quede incluida en el ámbito de los presentes artículos no debe inferirse la existencia o inexistencia de cualquier otra norma de derecho internacional relativa a tal actividad o a sus posibles o reales efectos transfronterizos.

2) La referencia en el artículo 18 a cualquier obligación de los Estados abarca tanto las obligaciones estipuladas

<sup>946</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 11 del Acuerdo sobre la protección del Rin contra la contaminación química; el Acuerdo sobre la intervención de los organismos encargados de la lucha contra la contaminación accidental de las aguas por hidrocarburos u otras sustancias susceptibles de alterar las aguas y reconocidas como tales en el marco del Convenio franco-suizo de 16 de noviembre de 1962 relativo a la protección de las aguas del lago Léman contra la contaminación [Recopilación Oficial de las Leyes Suizas, 1977, pág. 2204; reproducido en B. Rueter, B. Simma y M. Bock (eds.), *International Protection of the Environment*, vol. XXV, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana, 1981, pág. 285]; y el Convenio sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos, 1978, entre el Canadá y los Estados Unidos (*United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79*, vol. 30, part 2, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1980, n.º 9257).

por tratados como las obligaciones del derecho internacional consuetudinario. Igualmente abarca las normas de aplicación particular (ya se trate de una región determinada, ya de una actividad especificada) y las normas de alcance universal o general. Este artículo no tiene por objeto resolver todas las cuestiones relativas a futuros conflictos o a la superposición entre obligaciones convencionales y del derecho internacional consuetudinario y obligaciones en virtud de los presentes artículos.

### *Artículo 19.—Solución de controversias*

**1. Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación de los presentes artículos será resuelta rápidamente mediante los medios de solución pacífica que elijan de mutuo acuerdo las partes en la controversia, incluidos la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial.**

**2. De no lograr acuerdo sobre los medios para la solución pacífica de la controversia en un plazo de seis meses, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar que se establezca una comisión imparcial de determinación de los hechos.**

**3. La comisión de determinación de los hechos estará integrada por un miembro designado por cada una de las partes en la controversia y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguna de ellas, que será elegido por los miembros designados y que actuará como presidente.**

**4. Si una de las partes en la controversia está constituida por más de un Estado, y si éstos no designan de común acuerdo a un miembro de la comisión y cada uno de ellos procede a designar a un miembro, la otra parte en la controversia tendrá derecho a designar a igual número de miembros de la comisión.**

**5. Si los miembros designados por las partes en la controversia no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de un presidente en el plazo de tres meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al presidente, el cual no tendrá la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. Si una de las partes no designare miembro para la comisión en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo 2, cualquier otra parte en la controversia podrá solicitar al Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia. La persona así designada constituirá una comisión unipersonal.**

**6. La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones y sus recomendaciones, que las partes en la controversia considerarán de buena fe.**

### *Comentario*

1) El artículo 19 establece una norma básica para el arreglo de controversias acerca de la interpretación o aplicación del régimen de prevención enunciado en los presentes artículos. La norma tiene carácter subsidiario y se aplica cuando los Estados interesados no tienen ningún acuerdo aplicable al arreglo de dichas controversias.

2) Se parte de la base de que la aplicación de este artículo tendrá lugar únicamente después de que los Estados interesados hayan agotado todos los medios de persuasión a su alcance, mediante consultas y negociaciones apropiadas. Éstas pueden tener lugar como resultado de las obligaciones impuestas por los presentes artículos o en el curso normal de las relaciones entre los Estados.

3) En caso de que no se llegue a ningún acuerdo mediante las consultas y negociaciones, se insta a los Estados interesados a que continúen desplegando esfuerzos para resolver su controversia mediante los demás medios pacíficos que elijan libremente de mutuo acuerdo, incluidos la mediación, los buenos oficios, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial. Se trata de los medios de arreglo pacífico de controversias enunciados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, en el segundo párrafo de la sección pertinente de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>947</sup> y en el párrafo 5 de la sección I de la Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales<sup>948</sup>, que los Estados pueden elegir de común acuerdo<sup>949</sup>.

4) Si los Estados interesados no pueden llegar a un acuerdo sobre alguno de los medios de arreglo pacífico de controversias en un plazo de seis meses, el párrafo 2 del artículo 19 obliga a los Estados, a petición de uno de ellos, a recurrir al establecimiento de una comisión imparcial de determinación de los hechos. En los párrafos 3, 4 y 5 del artículo se estructura el procedimiento vinculante aplicable al nombramiento de la comisión de determinación de los hechos<sup>950</sup>. Ese procedimiento obligatorio es útil y necesario para ayudar a los Estados a solucionar sus controversias rápidamente sobre la base de la determinación y la evaluación objetivas de los hechos. La falta de una apreciación adecuada de los hechos constituye a menudo el origen de las diferencias o controversias entre los Estados.

5) El recurso a una comisión imparcial de determinación de los hechos es un método bien conocido, incorporado en varios tratados bilaterales y multilaterales, incluidos el Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Carta de las Naciones Unidas y los instrumentos constitutivos de algunos organismos especializados y otras organizaciones

<sup>947</sup> Véase la nota 273 *supra*.

<sup>948</sup> Resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982, anexo.

<sup>949</sup> Se hallarán un análisis de los distintos medios de arreglo pacífico de controversias y referencias a los instrumentos internacionales pertinentes en *Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.7).

<sup>950</sup> Véase el artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

internacionales del sistema de las Naciones Unidas. Las posibilidades que este método ofrece para contribuir a la solución de controversias internacionales han sido reconocidas en la resolución 1967 (XVIII) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1963, titulada «Cuestión de los métodos para la determinación de los hechos» y en la Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, aprobada por la Asamblea General en su resolución 46/59, de 9 de diciembre de 1991, anexo.

6) En virtud del mandato de investigar los hechos y aclarar las cuestiones objeto de controversia, dichas comisiones suelen tener competencia para organizar audien-

cias con las partes, efectuar el examen de testigos y visitas sobre el terreno.

7) El informe de la comisión debe, en general, constatar o aclarar «hechos». En la medida en que esto no presupone estimación o evaluación algunas, por lo general una vez determinados los hechos ya no cabe disputarlos. Los Estados interesados todavía pueden dar el peso que estimen adecuado a esos «hechos» a efectos de llegar a una solución de la controversia. Sin embargo, el artículo 19 exige que los Estados interesados, como mínimo, consideren de buena fe el informe de la comisión de determinación de los hechos<sup>951</sup>.

---

<sup>951</sup> Los criterios de buena fe se exponen en el comentario al artículo 9.

## Capítulo VI

### LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

#### A.—Introducción

99. La Asamblea General, en su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema titulado «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados».

100. En su 46.º período de sesiones, celebrado en 1994, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Alain Pellet<sup>952</sup>.

101. En su 47.º período de sesiones, celebrado en 1995, la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial<sup>953</sup>.

102. Al concluir ese examen, el Relator Especial resumió las conclusiones a que había llegado a la luz de los debates de la Comisión sobre el tema, y que se referían: al título del tema, que debía modificarse para que dijera «Las reservas a los tratados»; a la forma que debían tomar los resultados del estudio, que sería la de una guía de la práctica en materia de reservas; a la manera flexible en que debían realizarse los trabajos de la Comisión sobre el tema; y al consenso de la Comisión en el sentido de que no debían modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986<sup>954</sup>. Esas conclusiones constituían, a juicio de la Comisión, el resultado del estudio preliminar solicitado por la Asamblea General en sus resoluciones 48/31 y 49/51, de 9 de diciembre de 1994. Por lo que respecta a la Guía de la práctica, se le daría la forma de un proyecto de directrices, con sus comentarios, que servirían de orientación para la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales; estas directrices, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas tipo.

103. También en su 47.º período de sesiones, la Comisión, de conformidad con su práctica anterior<sup>955</sup>, autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado en relación con las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular las depositarias de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropezaban<sup>956</sup>. Ese cuestionario se envió a sus destinatarios por conducto de la Secretaría. En su resolución 50/45, de 11 de diciem-

bre de 1995, la Asamblea General tomó nota de las conclusiones de la Comisión y la invitó a continuar su labor en la forma indicada en el informe, e invitó también a los Estados a contestar el cuestionario<sup>957</sup>.

104. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial sobre el tema<sup>958</sup>. El Relator Especial había unido a su informe un proyecto de resolución de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, destinado a la Asamblea General, con el fin de puntualizar y aclarar los datos jurídicos sobre esa cuestión<sup>959</sup>. Sin embargo, por falta de tiempo, la Comisión no pudo examinar el informe ni el proyecto de resolución, aunque algunos miembros pudieron expresar sus opiniones sobre el informe. Por consiguiente, la Comisión decidió aplazar el debate sobre el tema hasta el período de sesiones siguiente<sup>960</sup>.

105. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión tuvo nuevamente a su disposición el segundo informe del Relator Especial sobre el tema.

106. Al concluir el debate, la Comisión aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos<sup>961</sup>.

107. La Asamblea General tomó nota en su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, de las conclusiones preliminares de la Comisión, así como de la invitación cursada a todos los órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo que desearan hacerlo a que presentaran observaciones por escrito sobre esas conclusiones, y al mismo tiempo recordó a los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con las opiniones de los gobiernos acerca de las conclusiones preliminares.

108. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial sobre el tema<sup>962</sup>, que versaba principalmente sobre la definición de las reservas a los tratados y las declara-

<sup>952</sup> Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 189, párr. 381.

<sup>953</sup> *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/470.

<sup>954</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 111, documento A/50/10, párr. 487.

<sup>955</sup> Véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párr. 286.

<sup>956</sup> Véase *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, documento A/50/10, párr. 489.

<sup>957</sup> Al 27 de julio de 2000, 33 Estados y 24 organizaciones internacionales habían respondido al cuestionario.

<sup>958</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

<sup>959</sup> *Ibíd.*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, párr. 136 y nota 238.

<sup>960</sup> Un resumen del debate figura en *ibíd.*, cap. VI, secc. B, en particular párr. 137.

<sup>961</sup> *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 157.

<sup>962</sup> *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6.