RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/423*

Quinto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial

[Original: español, francés, inglés]
[25 de abril de 1989]

ÍNDICE

Sección		*Párrafos*	*Página*
I.	INTRODUCCIÓN	1-15	140
	A. Consideraciones preliminares	1	140
	B. El concepto de riesgo	2-15	140
II.	ARTÍCULOS REVISADOS PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO I (DISPOSICIONES GENERALES) Y EL CAPÍTULO II (PRINCIPIOS) DEL PROYECTO	16	142
III.	COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS REVISADOS PROPUESTOS PARA LOS CAPÍTULOS I Y II	17-71	143
	A. Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)	18-26	143
	B. Artículo 2 (Términos empleados)	27-34	144
	C. Artículo 3 (Asignación de obligaciones)	35-37	145
	D. Artículo 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales)	38	145
	E. Artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional)	39-54	145
	1. Consideraciones preliminares	39	145
	2. El juego de las dos responsabilidades (responsabilidad causal y responsabilidad por ilicitud)	40-54	146
	F. Artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)	55-59	147
	G. Artículo 7 (La cooperación)	60-63	148
	H. Artículo 8 (La prevención)	64-68	148
	I. Artículo 9 (La reparación)	69-71	149
IV.	ARTÍCULOS 10 A 12 PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO III DEL PROYECTO (LA NOTIFICACIÓN, LA INFORMACIÓN Y LA ADVERTENCIA POR EL ESTADO AFECTADO—PRIMER PASO DEL PROCEDIMIENTO HACIA LA PREVENCIÓN Y LA FORMULACIÓN DE UN RÉGIMEN	72	149
V.	COMENTARIOS GENERALES A LOS ARTÍCULOS 10 A 12 DEL CAPÍTULO III	73-95	150
	A. Consideraciones generales	73-78	150
	B. La práctica internacional	79-95	151
VI.	COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LOS ARTÍCULOS 10 A 12 DEL CAPÍTULO III	96-106	153
	A. Artículo 10 (Evaluación, notificación e información)	96-101	153
	1. Apartados *a*, *b* y c	97-98	153
	2. Apartado *d*	99-101	153
	B. Artículo 11 (Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales)	102-105	153
	C. Artículo 12 (Advertencia por el Estado presuntamente afectado)	106	154
VII.	ARTÍCULOS 13 A 17 PROPUESTOS PARA EL CAPÍTULO III DEL PROYECTO—PASOS POSTERIORES A LA NOTIFICACIÓN	107	154
VIII.	COMENTARIOS GENERALES A LOS ARTÍCULOS 13 A 17 DEL CAPÍTULO III	108-121	155
	A. Consideraciones generales	108	155
	B. Suspensión o no de la iniciación de la nueva actividad	109-116	155
	C. Las actividades existentes	117-121	156

* En el que se incorporan los documentos A/CN.4/423/Corr.1 y 2.

Sección	*Párrafos*	*Página*
IX. COMENTARIOS ESPECÍFICOS A LOS ARTÍCULOS 13 A 17 DEL CAPÍTULO III	122-148	156
A. Artículo 13 (Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen)	122-123	156
B. Artículo 14 (Respuesta a la notificación)	124	157
C. Artículo 15 (Falta de respuesta a la notificación)	125	157
D. Artículo 16 (Obligación de negociar)	126-147	157
E. Artículo 17 (Falta de respuesta a la notificación del artículo 12)	148	159

I.—Introducción

A.—Consideraciones preliminares

1. Los debates celebrados sobre el presente tema en el último período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional[1] y en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General[2] fueron muy fructíferos. El Relator Especial piensa que tras estos dos importantes debates la CDI podrá orientarse en la buena dirección.

B.—El concepto de riesgo

2. En el cuarto informe del presente Relator Especial[3] se propuso el concepto de «riesgo» como una manera de limitar el alcance del proyecto. Es natural que se buscara un límite, porque de lo contrario el tema puede estallar y dividirse en varios pedazos, a los que difícilmente podría aplicarse un mismo método.

3. Un texto legal puede sin embargo mezclar dos tipos distintos de responsabilidad, siempre que sus límites internos estén claros. Eso sucede con frecuencia en el derecho interno, cuando juegan para una misma posibilidad de conducta dos tipos diferentes de responsabilidad, según la vía que se elija. En el campo de los accidentes del trabajo, por ejemplo, suele preverse en algunas legislaciones internas un tipo de responsabilidad causal del empleador, de forma tal que en caso de siniestro éste pague, tenga o no culpa, una cierta suma tope. Esta indemnización resulta a veces considerablemente menor que el daño real sufrido por el empleado, por lo cual si éste estima que tiene pruebas suficientes para demostrar la culpa patronal, puede elegir la vía ordinaria y demandar por sumas mayores, sujeto entonces a las exigencias probatorias del derecho común.

4. La limitación impuesta por el concepto de «riesgo» podría fijar un límite que evitara en particular caer en formas de responsabilidad «absoluta», según las cuales cualquier daño y todo daño transfronterizos debían ser indemnizados. Pensaba —y sigue pensando— el Relator Especial que ello exige un grado de solidaridad propio de sociedades mucho más integradas que la actual comunidad internacional.

5. Tratemos de ver lo anterior un poco más de cerca. En el terreno de la responsabilidad, el derecho se encuentra, en última instancia, frente a una elección inexorable: ¿sobre quién debe recaer un daño producido? Una primera respuesta es buscar al que tiene culpa, en sentido amplio. Ese debe indemnizar. Ahora bien, si no hay ningún culpable del acto específico que produjo el daño, debe indemnizar quien emprendió la actividad en que aquel acto se inserta, normalmente porque es quien se beneficia con sus resultados, o bien quien es propietario de la cosa peligrosa, porque es él quien introdujo el peligro. Esta es la base de la teoría del «riesgo», donde al entender del presente Relator Especial hay una especie de «culpa original» —«pecado original» lo llamó en uno de sus informes[4]—, porque esta «culpa» o «pecado» está *ab initio*, en el origen mismo de la actividad. En su virtud, el empresario toma sobre sí la responsabilidad de compensar los accidentes en que se materialice el riesgo creado. Se la ha llamado «culpa condicional», porque está allí todo el tiempo, sujeta a la condición de que se produzcan los siniestros, de los que el empresario «tiene la culpa» por haber traído a la existencia la actividad, aunque no la tenga en absoluto en cuanto al episodio de que se trate.

6. Pero hay una tercera instancia: llega un momento en que la balanza no puede registrar ninguna diferencia en cuanto a las culpas, como sería el caso del daño producido, no por una actividad, sino por un acto aislado sin intervención de la voluntad del agente, o por una cosa que no es normalmente peligrosa. En la instancia anterior, la culpa (real o ficticia) por un acto se vincula a una actividad: aquí no hay siquiera esa vinculación.

7. En algunas legislaciones internas, no obstante, se busca evitar que sea la víctima inocente, aquel que no hizo absolutamente nada para merecer el daño, quien se perjudique. Una posible solución es responsabilizar al que obra, al que actúa, aun cuando haya actuado sin culpa, o bien a

[1] Véase el resumen del debate de la CDI en su 40.° período de sesiones en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 11 y ss., párrs. 21 a 102.

[2] Véase «Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates celebrados en la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el cuadragésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General» (A/CN.4/L.431), secc. B.

[3] *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413.

[4] Para no utilizar el concepto de «culpa», que acaso complicaría las cosas en materia de responsabilidad internacional. Véase el tercer informe del Relator Especial, *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 52, documento A/CN.4/405, párr. 16.

aquel que es propietario de la cosa que produjo el daño, aunque ésta no sea normalmente peligrosa. Por mínima que sea la diferencia que marque la balanza, y aun cuando esta diferencia no pueda ser medida en términos de culpa, es suficiente que pueda ser registrada para que con ella vaya la asignación de responsabilidad. Pues bien, es esta última forma de responsabilidad, que se podría llamar «absoluta», la que el Relator Especial quiso evitar al introducir el concepto de «actividades de riesgo» en su cuarto informe.

8. Ahora bien, esta forma de limitación por el riesgo conllevaba una incógnita: ¿dejaba o no dentro del tema a las actividades causantes de un daño apreciable transfronterizo por medio de la contaminación, cuyos efectos son normalmente acumulativos? El Relator Especial aborda esta cuestión en su cuarto informe[5] y a él remite al lector.

9. La dificultad con este tipo de actividades estriba en que su efecto contaminante y por ende el daño que producen son normalmente previsibles como una consecuencia necesaria. Si una industria utiliza ciertos ingredientes conocidamente contaminantes y se dan ciertas condiciones también conocidas, el daño transfronterizo surgirá con necesidad. Al faltar el elemento de la contingencia del daño, resulta difícil hablar de riesgo.

10. Sin embargo, en su cuarto informe el Relator Especial abogaba en favor de la inclusión de este tipo de actividades en el alcance del tema, ya que si están comprendidas las actividades de riesgo, o sea de daño contingente, *a fortiori* lo estarían aquellas que lo causan necesariamente. Tal fue la lógica subyacente a la conclusión, ayudada por el amplio título del tema («actividades no prohibidas...»), que se prestaba a acogerlas aunque no fueran estrictamente «de riesgo», y pensando asimismo que en el derecho internacional general no existía la prohibición que las excluyera del tema[6].

11. La CDI y la Sexta Comisión fueron, sin embargo, renuentes a aceptar el concepto de «riesgo» en la forma empleada en el cuarto informe[7]. Se retuvo, sin embargo, tal concepto para la prevención, puesto que si una actividad no presenta características de peligro, mal puede pedirse a un Estado que tome medidas de precaución a su respecto.

12. El presente Relator Especial no puede en este caso sino prestar oídos a la importante corriente de la CDI que prefiere no utilizar el concepto de «riesgo» como limitativo, y considera que su pensamiento puede incorporarse al articulado del proyecto. Estima también que no todo daño sería indemnizable según este proyecto (aunque pueda serlo por otro instrumento), ni se incurriría en la temida responsabilidad absoluta si se adhiere a ciertos conceptos existentes en el proyecto de artículos, por ejemplo el concepto de «actividad» *versus* el de «acto». Ya se había inclinado la Comisión, en relación con el segundo informe del presente Relator Especial[8], a adoptar la terminología de la versión francesa del título del tema y referirse a «actividades» en lugar de «actos»[9].

13. Pues bien, esta actitud tiene importancia en cuanto a la limitación del alcance del tema, porque, en uno de sus significados, la responsabilidad se refiere a las consecuencias de ciertas conductas[10]. En este sentido del concepto, «responsabilidad» sólo tiene relación con los actos, a los que pueden asignarse consecuencias jurídicas, y no con las actividades. Y ello porque la causalidad se origina en actos puntuales y específicos, no en actividades. Un cierto resultado en el mundo físico, que configura un daño en el mundo jurídico, puede conducir rastreando la cadena causal a un cierto acto humano que le da origen[11]. Pero no puede asignarse con el mismo rigor a una «actividad», que es un conjunto de actos, una o varias series de episodios de conducta humana orientados en cierto sentido.

14. Este de las consecuencias es, si se quiere, el sentido clásico de la palabra «responsabilidad»[12]. Pero al hablar de

[5] Documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*), párrs. 8 a 15.

[6] *Ibid.*, párr. 10.

[7] Es ilustrativa al respecto la opinión expresada por el representante de Austria en la Sexta Comisión:

«[...] Hay que tener presente también que el concepto de la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional guarda relación con situaciones fundamentalmente distintas que requieren distinta solución. Una situación se refiere a las actividades peligrosas que entrañan el riesgo de consecuencias desastrosas en casos de accidente, si bien en circunstancias normales no surten efectos negativos sobre otros Estados ni sobre la comunidad internacional en su conjunto. Así, la cuestión de la responsabilidad sólo se plantearía en casos de accidente. Por su propia naturaleza, esa responsabilidad debe ser absoluta y objetiva, sin excepciones de ninguna índole.

»Sin embargo, la tarea de la CDI guarda relación también con una situación fundamentalmente distinta, la de los efectos transfronterizos y de largo alcance sobre el medio ambiente. En ese caso, el peligro de accidente es sólo un aspecto menor del problema. Algunas actividades industriales o de generación de energía dañan en su curso normal el medio ambiente de otros Estados. Además, el daño no es causado por una fuente única e identificable, como en el caso de las actividades peligrosas. Durante mucho tiempo esas emisiones eran generalmente aceptadas porque procedían de todos los Estados y porque sus consecuencias nocivas no eran bien conocidas ni evidentes. La conciencia cada vez mayor de esos peligrosos efectos hizo, sin embargo, que bajara el nivel de tolerancia. A ese respecto, incumben a la responsabilidad dos funciones distintas; al igual que en el caso de las actividades peligrosas, debería, por una parte, abarcar el riesgo de accidente y, por la otra, debe también abarcar, y ésta es su función esencial, el daño apreciable causado en el territorio de otros Estados a raíz de una actividad normal. Por lo tanto, la responsabilidad por el riesgo debe estar combinada con la responsabilidad por una actividad dañina.» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Sexta Comisión*, 27.ª sesión, párrs. 37 y 38.)

[8] *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402.

[9] *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 61 y 62, párr. 216.

[10] Ya sea por su violación (ilicitud) o porque se produjo la condición que desencadena específicamente su cumplimiento (el daño en la responsabilidad causal).

[11] En su segundo informe, el presente Relator Especial declaró:

«[...] Y aquí se vuelve a las complejidades del título del tema y a la distinción entre actos y actividades. El Relator Especial cree, como lo ha dicho antes [...], que la versión francesa es la correcta y la que da al tema su verdadero alcance. Es menester ocuparse, según el mandato de la Asamblea General, de las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Las actividades se configuran a través de conductas complejas y variadas que se entrelazan y hasta se confunden. [...]» [Documento A/CN.4/402 (véase nota 8 *supra*), párr. 68.]

Dentro de una actividad lícita hay actos lícitos que pueden dar origen a un daño y a ciertas consecuencias, y puede haber también actos ilícitos que generen violación de obligaciones, como podría eventualmente suceder respecto de actos de actividades lícitas que violen obligaciones de prevención. Pero eso es harina de otro costal.

[12] Más aún, alguna opinión pretendidamente rigurosa sólo asigna el carácter de «responsabilidad» a la rama del derecho que trata de las consecuencias de la violación de obligaciones y prefiere llamar «garantías» a las obligaciones que impone el derecho a los empresarios por sus actividades de riesgo. El Relator Especial piensa que eso fue lo que movió a algunos miembros de la Comisión en el pasado para decir que la respon-

(Continuación en la página siguiente.)

«responsabilidad por actividades» procede referirse a algo muy distinto de las consecuencias de los actos[13]. Se vincula la responsabilidad al carácter de la actividad, y así los actos aislados de la tercera instancia (párr. 6) comentada más arriba no estarían comprendidos en el alcance del tema. Para que el régimen de los presentes artículos se aplique a ciertos actos, éstos deben estar inseparablemente ligados a una actividad que debe ser de riesgo o de efectos nocivos (art. 1). Los daños producidos por actos aislados no entran en la consideración del proyecto, y por ende se evita la temida omnirresponsabilidad que describe la tercera instancia.

15. El título del tema, entonces, quiere decir «obligaciones en relación con las consecuencias perjudiciales de actividades no prohibidas por el derecho internacional», y abarca ambos sentidos de la palabra «responsabilidad». Aquellas actividades requieren necesariamente para su continuación la concertación de un régimen que establezca entre Estados de origen y Estados afectados, obligaciones y garantías en persecución de un equilibrio de los intereses en juego, y a falta de un régimen particular para una actividad específica, uno general que sería el contenido en los presentes artículos, donde se establecen obligaciones de informar, de notificar, de negociar un régimen y de negociar con vistas a una eventual reparación, según ciertos criterios, de los daños producidos.

(Continuación de la nota 12.)
sabilidad sólo tenía que ver con la ilicitud. Si esto fuera así, sin embargo, todos los capítulos del derecho interno de innúmeros países que se ocupan de la responsabilidad por riesgo, causal, objetiva, *strict or absolute liability*, etc., serían gigantescos errores. No tratarían en realidad de responsabilidad, a pesar de su título, porque desde luego no hay violación de obligación alguna para que ella surja.

[13] Hay otro sentido de «responsabilidad» que es capital para el presente tema. Goldie, al tratar de los diversos sentidos de la palabra «responsabilidad», dice:

«Así, el término *responsibility* incluye la atribución de las consecuencias de una conducta desde el punto de vista de las obligaciones de una persona en la sociedad. En segundo lugar, puede indicar el papel del demandado como parte responsable de haber causado un daño. [...]» [Extracto citado en el segundo informe del Relator Especial, documento A/CN.4/402 (véase nota 8 *supra*), nota 10.]

Ambos sentidos se utilizan para la palabra *responsibility* en los párrafos 1 y 2 del artículo 139 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982. Allí el término inglés *responsibility* fue considerado equivalente al francés *responsabilité* en el sentido de *responsabilités et obligations qui en découlent*, mientras que *liability* se reservaba para la *obligation de réparer*. La pareja de términos *responsibility and liability* se equiparó así en francés: *obligation de veiller au respect de la Convention et responsabilité en cas de dommages*. Véase el informe preliminar del anterior Relator Especial, R. Q. Quentin-Baxter, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 263, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, nota 17.

En el primer sentido se refiere al conjunto de obligaciones primarias que rigen una actividad. No es extraño entonces que en el terreno de la responsabilidad «causal» sea preferible tomar como unidad de referencia, no el acto sino la actividad, para dotarla de una reglamentación que permita su continuación mediante el establecimiento de obligaciones primarias para quien la conduce. Estas obligaciones primarias entran a jugar, como se ha visto repetidamente, al producirse el daño.

II.—Artículos revisados propuestos para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios) del proyecto

16. El Relator Especial propone entonces como alternativa de los 10 primeros artículos remitidos al Comité de Redacción[14] otros que recogen las observaciones que a su juicio fueron las más importantes de las emitidas en los debates anteriormente mencionados (párr. 1) de la CDI y de la Sexta Comisión.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—Ambito de aplicación de los presentes artículos

Los presentes artículos se aplicarán a las actividades que se desarrollen en el territorio de un Estado o en otros lugares bajo su jurisdicción, reconocida por el derecho internacional o a falta de ésta, bajo su control, cuando las consecuencias físicas de tales actividades causen a lo largo de su desarrollo daños transfronterizos o creen un riesgo apreciable de causarlos.

[14] Véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11, párr. 22.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos de los presentes artículos:

***a*) i) Se entiende por «riesgo» el originado por el empleo de cosas que por sus propiedades físicas, ya sean ellas consideradas intrínsecamente o bien en relación con el lugar, el medio o la forma en que se emplean ofrecen a lo largo de su desarrollo y no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto, la probabilidad de causar un daño transfronterizo;**

ii) «Riesgo apreciable» es aquel que puede advertirse de un simple examen de la actividad y de las cosas que maneja, en relación con el lugar, el medio o las formas de utilizarlas, y comprende tanto la probabilidad baja de un daño transfronterizo muy importante [desastroso] como la probabilidad elevada de daños apreciables menores;

***b*) Se entiende por «actividades de riesgo» aquellas mencionadas en el apartado *a*, en que el daño es contingente, y por «actividades de efectos nocivos» aquellas que producen daños transfronterizos apreciables a lo largo de su desarrollo;**

***c*) Se entiende por «daño transfronterizo» el efecto producido como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1 y que en el territorio o en lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado perjudique de**

manera apreciable a personas o cosas, al uso o disfrute de zonas o al medio ambiente, tengan o no los Estados concernidos fronteras comunes. En el régimen de los presentes artículos, «daño transfronterizo» alude siempre al «daño apreciable»;

***d*) Se entiende por «Estado de origen» el Estado en que ocurren las actividades a que se refiere el artículo 1, sea en su territorio, sea en lugares bajo su jurisdicción o control;**

***e*) Se entiende por «Estado afectado» aquel en cuyo territorio o jurisdicción resulten dañados apreciablemente, o corren el riesgo de serlo, personas o cosas, el uso o disfrute de zonas o el medio ambiente.**

Artículo 3.—Asignación de obligaciones

1. El Estado de origen tendrá las obligaciones que establecen los presentes artículos siempre que conociere, o tuviere los medios de conocer, que una actividad del artículo 1 se desarrolla o está a punto de desarrollarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Estado de origen tiene el conocimiento o los medios de conocer a que se refiere el párrafo 1.

Artículo 4.—Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales

Si los Estados Partes en los presentes artículos lo son también en otro convenio internacional relativo a actividades del artículo 1, se aplicarán entre dichos Estados los presentes artículos, sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional.

Artículo 5.—Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional

VARIANTE A

El hecho de que los presentes artículos no especifiquen los supuestos en que un daño transfronterizo se produce como consecuencia de un acto u omisión ilícitos del Estado de origen se entenderá sin perjuicio de la aplicación de cualquier otra norma de derecho internacional.

VARIANTE B

Los presentes artículos no perjudican la operación de cualquier otra norma de derecho internacional que establezca responsabilidad por daños transfronterizos resultantes de un hecho ilícito.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS

Artículo 6.—La libertad de acción y sus límites

La libertad soberana de los Estados para desarrollar o permitir el desarrollo de las actividades humanas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control debe ser compatible con la protección de los derechos que emanen de la soberanía de otros Estados.

Artículo 7.—La cooperación

Los Estados cooperarán de buena fe, entre sí y requiriendo la ayuda de las organizaciones internacionales que pudieren prestársela, para tratar de evitar que las actividades del artículo 1 que se desarrollaren en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, causen daños transfronterizos. Si éstos se produjeren, el Estado de origen deberá cooperar con el afectado para minimizar sus efectos. En caso de daño producido por accidente, el Estado afectado, de serle ello posible, cooperará también con el de origen respecto a los efectos nocivos que hayan ocurrido en territorio de este último, o en otros lugares bajo su jurisdicción o control.

Artículo 8.—La prevención

Los Estados de origen tomarán las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción. Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles respecto a las actividades del artículo 1.

Artículo 9.—La reparación

En cuanto sea compatible con los presentes artículos, el Estado de origen deberá reparar el daño apreciable causado por una actividad del artículo 1. Dicha reparación se determinará por negociación entre el Estado de origen y el o los afectados y se orientarán en principio por los criterios contenidos en los presentes artículos, principalmente teniendo en cuenta que la reparación debería tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño.

III.—Comentarios a los artículos revisados propuestos para los capítulos I y II

17. Los comentarios relativos a los artículos precedentemente transcritos tienen por principal objeto explicar los cambios introducidos.

A.—Artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)

18. Las palabras «en el territorio de un Estado» indican que se ha vuelto al concepto de territorio, agregándole lo relativo a la jurisdicción y control. En rigor no sería necesario, porque si una actividad se produce en el territorio de un Estado, estará normalmente bajo su jurisdicción. Pero puede ser útil para hacer notar que el concepto de «jurisdicción» que se utiliza en los artículos se refiere también a otros lugares, que están fuera del territorio del Estado.

19. Se ha acudido a la expresión «jurisdicción reconocida por el derecho internacional» para no contrariar una

posición que mantiene que la jurisdicción en el territorio no es «otorgada» por el derecho de gentes, sino que es consecuencia de la soberanía originaria del Estado. Aunque se expresó la opinión en el sentido de que era innecesario enunciar que la jurisdicción debe ser conforme al derecho internacional, el Relator Especial prefiere mantener esa expresión para diferenciar netamente este caso de aquel en que, a falta de una jurisdicción legítima, el territorio de un Estado o una porción de éste se encuentran bajo el control de otro Estado.

20. La palabra «lugares» reemplaza al original «ámbitos», sobre todo teniendo en cuenta que fue traducido al inglés como «spheres», lo que no parece una expresión usual; «places» puede ser más justa. En todo caso, «lugares» es una expresión suficientemente elástica como para incluir áreas pequeñas en su significación, como un barco, avión o nave espacial, desde donde una actividad puede producir un daño transfronterizo.

21. Se suprimió la palabra «efectivo» luego de «control» ante la opinión de que si un control no es efectivo, tampoco es control.

22. Las palabras «a lo largo de su desarrollo», que antes sólo figuraban en el apartado *a* del artículo 2 en relación con el riesgo, se introducen en este artículo porque son coherentes con la idea de responsabilidad referida a actividades más que a actos. En el caso de actividades de riesgo, hay casi la certeza de que en un cierto lapso algún daño apreciable puede producirse, y en el caso de actividades que causen efectos nocivos, la expresión utilizada hace llegar la significación deseada de un daño que puede iniciarse desde el principio y continuar, o bien ser acumulativo y no producirse de inmediato sino «a lo largo del desarrollo» de la actividad.

23. Las palabras «causan un daño transfronterizo o crean un riesgo apreciable de causarlo» son una fórmula que intenta abarcar las actividades de riesgo y las que producen efectos nocivos. Se mantiene la idea de «riesgo apreciable» que tiene aceptación en la práctica internacional[15]. Cabe remitirse aquí a los párrafos 24 a 31 del cuarto informe del presente Relator Especial. Es difícil comprender la exigencia de la prevención si el riesgo no es «apreciable» como se lo ha definido en el artículo 1. De más está decir que cuando se trate de actividades que producen normalmente efectos nocivos, se entiende que tales efectos son fácilmente previsibles.

24. Procede señalar que, en las actividades de riesgo, para que sea exigible la prevención es necesario que el «riesgo apreciable» que se menciona sea susceptible de causar un «daño apreciable». Aunque no podamos ser demasiado estrictos en una materia de límites algo indefinidos, como es esta de riesgos y daños «apreciables», en principio este adjetivo debe ser aplicado a ambos conceptos.

25. Se introduce ya desde el artículo 1 el concepto de «daño apreciable», que es el único que tiene significado en este proyecto. Como se ha visto, un daño de cuantía inferior carece de relevancia. Se utiliza la palabra «apreciable», tanto respecto al riesgo como al daño porque parece expresar un umbral de tolerancia adecuado, dentro de la conocida incertidumbre en cuanto a sus exactos límites. Con la misma salvedad, podría preferirse «significativo», o «importante», o «sustancial», que dan idea de umbrales más altos, acaso no deseables según estima el Relator Especial, pero por supuesto dentro de las posibilidades de elección de la Comisión.

26. Por otra parte, con respecto al daño, también se ha utilizado el término «apreciable» en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[16] (denominado en adelante «proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales»), y aunque la uniformidad no es obligatoria, el Relator Especial cree que las similitudes entre este y el otro tema autorizan la opinión emitida de que debieran armonizarse los términos que en ambos se emplean.

B.—Artículo 2 (Términos empleados)

27. La expresión usada en el apartado *a*, i), que se refiere a «y no obstante las precauciones que pudieren adoptarse a su respecto», intenta describir lo esencial de la responsabilidad por riesgo, o sea, la ausencia de culpa y la irrelevancia de la «debida diligencia» en estos casos. Las observaciones hechas en los debates respecto a que debían incluirse las actividades con bajas probabilidades de un daño desastroso son recogidas en el apartado *a*, ii), referente al «riesgo apreciable». Se utiliza la expresión «daños apreciables menores» para indicar que los daños, aunque menores, deben también se apreciables. El Relator Especial está abierto en cuanto a la calificación del daño mayor como «muy importante», «desastroso» o aun «catastrófico», siempre que transmita la idea de un daño de gran magnitud. De más está decir que hay actividades, como la nuclear, que ofrecen ambas posibilidades: riesgo elevado de daños corrientes durante su operación normal, y riesgo bajo de accidentes desastrosos.

28. El apartado *b* introduce una calificación para ciertas actividades que producen daño, como las contaminantes «de efectos nocivos». En inglés, «with harmful effects» podría ser un equivalente aceptable. Se entiende que no son actividades puramente nocivas, puesto que se las permite finalmente porque su utilidad es mayor que el daño que producen.

29. Será preciso también efectuar una serie de puntualizaciones en relación con el apartado *c*.

30. El «daño transfronterizo» es el perjuicio que sufre un Estado como consecuencia física de las actividades mencionadas en el artículo 1. La expresión «perjudique de manera apreciable» transmite la idea de que el único daño relevante en la presente materia es el que excede el umbral de tolerancia fijado por la palabra «apreciable».

31. En cuanto a la palabra «lugares», se la emplea nuevamente en el apartado *c* para indicar que el daño transfronterizo puede afectar no sólo el territorio de un Estado, sino también otras áreas —que pueden ser pequeñas, como ya se ha señalado (párr. 20)— donde éste ejerce jurisdicción reconocida por el derecho internacional. En la zona económica exclusiva, por ejemplo, una plataforma o isla

[15] Para mayores detalles, véase el cuarto informe del Relator Especial, documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*), párrs. 24 a 31 y nota 9.

[16] Véase artículo 8 (Obligación de no causar daños apreciables), adoptado provisionalmente por la Comisión en su 40.° período de sesiones [*Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 37].

artificial o los propios buques del Estado ribereño podrían ser dañados por causa de una actividad de buques de otro Estado o desde tierra (evidentemente, desde el territorio de otro Estado), o desde un avión de otro registro, etc. Un caso transfronterizo aparentemente algo tenue, pero cierto, sería el de un buque de un Estado cuya actividad cause daño al buque de otro Estado, encontrándose ambos en alta mar. Lo importante aquí es el elemento «interjurisdiccional».

32. El caso del lugar o territorio «bajo control» de otro Estado ofrece ciertas dificultades. Una primera reacción sería negar el carácter de Estado afectado al que está ejerciendo control sobre ese territorio en contra del derecho internacional, para no prestarse a una equiparación entre ese control y la jurisdicción legal. El resultado, sin embargo, sería dejar a los habitantes del territorio sin protección internacional, no obstante verse perjudicados en su salud o en su patrimonio, o en el uso y goce de ciertas regiones o en su medio ambiente. Habría dos posibilidades: una es reconocer ese derecho al Estado que ejerce el control simplemente en su carácter de responsable hacia la población de ciertos deberes internacionales, como podrían ser los derechos humanos; o bien la otra es dárselo a la institución titular de la jurisdicción legal, ya sea al Estado al que corresponda legítimamente o al organismo que haya sido instituido su representante, como el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia en el caso del antiguo Territorio del Africa Sudoccidental.

33. En la definición del daño se ha añadido al perjuicio causado a personas o cosas, así como al uso o disfrute de zonas, el causado al «medio ambiente». Si bien es cierto que podía considerarse incluido en la anterior definición, se ha considerado que el medio ambiente es una preocupación tan importante de nuestros tiempos que no podía estar ausente de la definición del daño, para no dejar duda alguna acerca de que se lo intenta proteger también con este proyecto.

34. En cuanto al apartado *d*, éste otorga responsabilidad, además naturalmente del Estado del territorio, al que ejerza jurisdicción sobre otro lugar, o control a falta de aquélla. Es natural que así sea, porque no puede eximirse de responsabilidad al que está en falta por causa misma de su falta.

C.—Artículo 3 (Asignación de obligaciones)

35. El título precedente del artículo 3 ha cambiado, de «La atribución» a «Asignación de obligaciones». Se dijo que emplear aquí la palabra «atribución» significaría equipararla con aquella que se hace en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, y que conviene distinguir entre ambos campos.

36. La observación puede ser justa. La palabra «atribución» es utilizada en la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[17] para referirse a la imputación de un hecho a un Estado. En la segunda parte, donde el protagonista es el Estado lesionado y es a quien se atribuyen ciertos derechos y facultades, no se utiliza la palabra «atribución». Siendo así, y significando «atribución» simplemente «imputación de hechos», no convendría utilizar esta palabra en el presente tema, porque no parece enteramente exacto que lo que se imputa o atribuye a un Estado sea una cierta actividad, ni mucho menos un hecho, sino ciertas obligaciones como consecuencia de que una determinada actividad se realiza dentro de su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control. Por lo demás, estas obligaciones son primarias, a diferencia de las secundarias que figuran en la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

37. El párrafo 2 contiene la presunción de que un Estado tiene el conocimiento o los medios de conocer que una actividad del artículo 1 se desarrolla en su territorio o en lugares bajo su jurisdicción o control y que a él le corresponde la prueba en contrario. Aunque la prueba negativa ha sido llamada en derecho procesal la «prueba diabólica», ya que es muy difícil probar que cierto hecho no ha tenido lugar, o que cierta cosa o calidad no existe, en este caso no es tan difícil: basta a un Estado con demostrar, por ejemplo, la cantidad y las características de los buques y aviones de que dispone en relación con las extensiones que debe vigilar para apreciar si son suficientes para destruir la presunción contraria, porque conviene no olvidar que el conocimiento que se atribuye a un Estado de todo lo que sucede en su territorio no es, a su vez, sino una presunción.

D.—Artículo 4 (Relación entre los presentes artículos y otros convenios internacionales

38. El artículo 4 es uno de los cinco artículos originales redactados por el anterior Relator Especial, el difunto R. Q. Quentin-Baxter[18]. No fue objeto de mayores objeciones y se refiere a la relación entre la convención-marco que se examina y aquellas que reglan actividades específicas y que se rigen por principios muy parecidos a los que inspiran los presentes artículos. La fórmula «sujeto a lo dispuesto en ese otro convenio internacional» se inspira en el párrafo 2 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969[19], relativo a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia.

E.—Artículo 5 (Falta de efecto sobre otras normas de derecho internacional)

1. Consideraciones preliminares

39. El artículo 5, redactado también por el anterior Relator Especial, no ha suscitado mayores observaciones. Sin embargo, la redacción sugerida por un miembro de la Comisión en el 40.° período de sesiones[20] podría parecer más clara para expresar la misma idea, y por ello el Relator Especial estima conveniente someter ese texto, como variante B del artículo 5, al examen de la Comisión. En todo caso, la relación entre la responsabilidad causal y la responsabilidad por ilicitud merece una consideración más detenida, sobre todo a la luz del interesante debate que tuvo lugar en 1988 sobre el tema de los cursos de agua internacionales, como se advierte a continuación (párr. 41).

[17] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

[18] *Anuario... 1984*, vol. II (segunda parte), págs. 80 y 81, párr. 237.

[19] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, pág. 443.

[20] *Anuario... 1988*, vol. I, pág. 35, 2048.ª sesión, párr. 8 (Sr. Eiriksson).

2. EL JUEGO DE LAS DOS RESPONSABILIDADES (RESPONSABILIDAD CAUSAL Y RESPONSABILIDAD POR ILICITUD)

40. Ya se ha visto que es perfectamente concebible que concurran en un mismo sistema un régimen de responsabilidad por ilicitud con otro de responsabilidad causal. Aparte del citado ejemplo de los accidentes del trabajo (párr. 3), cabe citar el asunto de la *Fundición de Trail (Trail Smelter)*[21], en el que el tribunal arbitral impuso al Canadá un doble régimen de responsabilidades. Por un lado, el tribunal estableció ciertas medidas de prevención que debía adoptar la fundición y que el tribunal presumía serían suficientes para evitar que continuaran produciéndose los daños causados por los humos en el Estado de Washington y, por el otro, determinó que, si a pesar de cumplirse con tales conductas, se producía un daño apreciable, el Canadá debía compensarlo.

41. Durante el examen, efectuado en el 40.° período de sesiones, del proyecto de artículos relativo a los cursos de agua internacionales, la Comisión debatió extensamente el artículo 16 [17] dedicado a la contaminación[22]. El párrafo 2 de dicho artículo decía así:

2. Los Estados del curso de agua no podrán causar ni permitir la contaminación [del sistema] de un curso de agua internacional en una forma o en un grado que cause perjuicio apreciable a otros Estados del curso de agua o a la ecología [del sistema] de un curso de agua internacional.

Este texto originó un debate sobre la pregunta de si no se trataría de una responsabilidad causal *(strict liability)*, y la reflexión de que en todo caso no estaba bien determinada en derecho la línea divisoria entre ambas responsabilidades[23].

42. Por su parte, el Relator Especial no piensa así. Si bien a veces la línea de división entre ambos regímenes de responsabilidad es fina, no por eso deja de distinguirse claramente: basta tener presentes los conceptos que presiden una y otra de esas responsabilidades, que son claramente diferentes. En el presente caso, se trata de una obligación de impedir un resultado, tal como se prevé en el artículo 23 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[24]. La violación de tales obligaciones sólo se configura, según el mismo artículo, «si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado». Naturalmente, si el acontecimiento (esto es, el daño apreciable a través de la contaminación del curso de agua) no se produce, nadie irá a averiguar si los medios empleados para prevenirlo eran o no suficientes. Obtenido el resultado (la prevención del acontecimiento dado), no hay violación de la obligación ni por ende examen de los medios empleados o de la conducta seguida.

43. Pero en cambio si el resultado no se evita, y se origina el daño apreciable, ¿qué sucede? Y aquí está la línea, delgada pero firme, que separa ambos regímenes de responsabilidad. Pues bien, en este caso, y según el comentario al artículo 23 ya citado, para que pueda determinarse si ha habido violación de la obligación, y por ende ilicitud, deberán examinarse los medios empleados para evitar el acontecimiento dado. Si se encuentra que el Estado, mediante una conducta diferente de la empleada, hubiera podido evitar el resultado, entonces hay violación de la obligación. En otro caso, no. Según la Comisión,

[...] Evidentemente, el Estado no puede estar obligado más que a oponerse por su acción a la eventualidad de tal acontecimiento, a frustrar, en lo que dependa de él, la realización de tal acontecimiento. [...][25]

44. Esto es fundamental, y allí reside la diferencia apuntada entre la responsabilidad por ilicitud y la responsabilidad causal: en el régimen de esta última, cualquiera haya sido el grado de diligencia empleado, aun el máximo, la compensación es la consecuencia inevitable del daño causado. Por eso en el derecho anglosajón se la llama «responsabilidad estricta» o «absoluta» (aunque haya, como es sabido, matices de diferencia entre la responsabilidad «estricta» y la «absoluta»). Y aunque sea muy peligroso hablar de «culpa» en este terreno, las legislaciones internas suelen también llamar a este régimen el de la responsabilidad «sin culpa» *(lato sensu)*, o sea que el haber procedido o no de acuerdo a las reglas de la prevención no altera la asignación de responsabilidad.

45. ¿Qué sucedería si hubiese Estados de un curso de agua que fueran partes en la respectiva convención y también en los presentes artículos? Si tuviese lugar el daño, habría que examinar si se adoptaron los medios que normalmente configuran la «debida diligencia». Si no se adoptaron tales medios, hubo violación de la obligación y por ende ilicitud; corresponde la reparación.

46. En cambio, si se pusieron en juego los mejores medios de que dispone el Estado, no habría violación de obligación ni consiguiente ilicitud. Aquí podría entrar a jugar la responsabilidad causal y, como en ella la compensación participa de la naturaleza de la «distribución de costos» *(costs allocation)* más que de la *restitutio in integrum*, cabría disminuir el monto a pagar teniendo principalmente en cuenta los costos incurridos. En el presente proyecto esas determinaciones pueden alcanzarse por negociación, que es el mecanismo previsto para estas situaciones.

47. En realidad, en casos normales de contaminación la defensa de «due diligence» es poco menos que impensable; sería muy raro que un resultado claramente atribuible a una cierta actividad cuya existencia es conocida por el Estado de origen se produjera por ignorancia de las causas que originan el daño. Normalmente, se sabe que algunos elementos contenidos en ciertas manipulaciones producen contaminación. Entonces, quedarían en la práctica dos posibilidades de casos como éstos en relación con los cursos de agua: o bien, *a*) no se emplea con respecto a una actividad la debida diligencia que mantendría sus efectos contaminantes por debajo del umbral de tolerancia (daño apreciable), en cuyo caso habría violación de la obligación y por ende ilicitud, o bien, *b*) se utilizan todos los medios aconsejables para prevenir el daño, pero no obstante se produce un accidente y con él un daño apreciable que perjudica a un Estado o Estados afectados en el [sistema] curso de agua. Surgen entonces la responsabilidad causal y la correspondiente indemnización.

48. Este ejemplo puede ser ilustrativo de lo que sucedería con la propuesta convención sobre el presente tema

[21] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.° de venta: 1949.V.2), pág. 1905.

[22] Este artículo fue remitido al Comité de Redacción en 1988; para el texto, véase *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 29, nota 73.

[23] *Ibid.*, pág. 32, párr. 160.

[24] Véanse el texto del artículo 23 y el comentario respectivo (Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado) en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 79 y ss.

[25] *Ibid.*, pág. 81, párr. 6 del comentario al artículo 23.

—sin ya la presencia de otra convención que impusiera responsabilidad por ilicitud en ciertos casos— según la forma que se le diere a la obligación de prevención del artículo 8. Si es una obligación de resultado, el efecto sería similar al de la existencia de ambas convenciones, sólo que los dos regímenes (uno de responsabilidad por ilicitud y el otro de responsabilidad causal) coexistirían en el mismo instrumento. El resultado sería que si se produjera un daño por incumplimiento de las obligaciones de prevención, habría responsabilidad por ilicitud con todo lo que esto implica; y, si se cumpliesen aquellas obligaciones y el daño sin embargo ocurriera, se aplicaría la responsabilidad causal, también con todas sus leyes.

49. Se señaló que aquí había una incompatibilidad con el mandato de la Comisión de ocuparse de la responsabilidad por actos «no prohibidos». Además de la indiferencia mostrada por muchos miembros ante esta aparente contradicción, cabe argumentar que ese razonamiento es aplicable a un tema que se ocupa de «actos» y no de «actividades»: cabría en el presente mandato tratar de las consecuencias de ciertos actos ilícitos, inextricablemente relacionados con una actividad no prohibida. Esta seguiría siendo permitida y sólo debería cesar el «acto» dañoso.

50. La solución paradójicamente menos dura para el Estado de origen sería la existencia de un solo régimen: el de responsabilidad causal *(strict liability)*. Funcionaría así: la prevención no se exigiría por obligación separada, sino simplemente surgiría del efecto disuasivo de la reparación por el régimen de responsabilidad causal. El artículo 8 sería sólo un apéndice de las obligaciones de cooperar, sin consecuencia en caso de incumplimiento (sólo producido el daño, el cumplimiento de las obligaciones de prevención autorizaría ciertos descuentos). Tendría también las siguientes ventajas: *a*) no calificar de ilícita una conducta estatal; *b*) establecer un mecanismo de asignación de obligaciones de fácil funcionamiento; *c*) exigir una reparación que sólo tendiera al restablecimiento del equilibrio de intereses en lugar de orientarse por un criterio de restitución total del daño, y *d*) por último, el acto no tendría que cesar —aunque se repararían sus efectos—, lo que a veces podría implicar una solución más flexible.

51. Si bien esta última ventaja puede parecer un pasaporte para que el Estado de origen continúe produciendo daño mediante el pago de una tarifa, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la obligación de indemnizar va a imponer a aquel Estado cierta restricción, y, luego, que los presentes artículos prevén también un sistema de consultas y la creación de un régimen particular que rija la actividad de que se trate, que puede eventualmente conducir hasta la prohibición de la actividad en aplicación del criterio de equilibrio de intereses *(balance of interests test)*.

52. Puede concebirse que en lugar de una obligación de «diligencia debida», como parece ser la prevista en el artículo 16 [17] del proyecto de artículos sobre los cursos de agua internacionales (véase párr. 41 *supra*), se hubiera impuesto una obligación de comportamiento. Es concebible que se hubieran requerido los «estándares internacionales aceptados» *(accepted international standards)* si tales estándares existen. O bien, que se hubiera regulado la introducción de ciertos elementos tóxicos, por vía de eliminación industrial por ejemplo, en un sistema de curso de agua, tal como sucede en otro orden de cosas en varios instrumentos internacionales[26].

53. Si bien la práctica podría indicar otra realidad en cuanto a las consecuencias, teóricamente al menos la violación de esa obligación de comportamiento acarrearía, sin esperar a que se produjera el daño, todas las consecuencias de la ilicitud y, por ende, la cesación del acto que le da origen, la anulación de sus consecuencias, el restablecimiento de la situación que existía antes del hecho, y en fin, todo lo que exige el artículo 6 de la segunda parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[27].

54. Tampoco sería de descartar el empleo, por los Estados afectados, de ciertas medidas tendientes a forzar el cumplimiento de la obligación de comportamiento, antes por supuesto de la producción de cualquier daño material. La imposición de un semejante régimen no sería tampoco incompatible con otro de responsabilidad causal, que podría surgir en caso de accidente a pesar del cumplimiento de los «accepted international standards».

F.—Artículo 6 (La libertad de acción y sus límites)

55. Se ha buscado en el artículo 6 la forma de referirse simplemente a la libertad del Estado para permitir las actividades que allí se mencionen y no de declararla, porque algunos pensaron que era obvio. La mención, en el proyecto de artículos anterior, sólo del territorio se amplió para dar cabida también a los «lugares» bajo su jurisdicción o control, aunque en el cuarto informe esta interpretación aparecía como implícita en la redacción de un principio tan general. La segunda parte del artículo quedó igual.

56. El artículo 6 se inspira en el Principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[28]; sólo que se buscó una forma más amplia, desligada de la noción de explotación de recursos naturales. Básicamente, el Principio 21 enuncia una cierta libertad y sus límites. El artículo 6 expresa también las dos caras de la soberanía; por un lado, la libertad de hacer lo que se quiere dentro del territorio propio y, por el otro, la intangibilidad del territorio propio respecto de efectos venidos del exterior. La palabra clave es que una y otra deben ser hechas compatibles, o sea, no hay libertad absoluta ni intangibilidad absoluta; ambas deberán compatibilizarse en forma equilibrada.

57. Tal es el fundamento del umbral mínimo debajo del cual el daño debe ser tolerado; es una concesión a la libertad de actuar en el territorio, a costa de la intangibilidad territorial, pero esa libertad no debe sobrepasar el límite fijado por la naturaleza de una mera molestia, de un daño menospreciable. Esta es una de las maneras de hacer compatibles estos conceptos.

---

[26] Por ejemplo, el Protocolo de Montreal relativo a las Substancias Agotadoras de la Capa de Ozono, de 16 de septiembre de 1987, PNUMA, Nairobi, 1987.

[27] *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 21, nota 66.

[28] *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.° de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. 1.°.

58. Las obligaciones que pesan sobre el Estado de origen son otra forma de hacer compatibles los mismos elementos: a la libertad de conducir o de permitir actividades en el territorio deben oponerse ciertas obligaciones de prevención y de reparación.

59. Se entiende también que dentro de los derechos que emanen de la soberanía de los Estados están los de la integridad de las personas y cosas, así como el uso o disfrute de zonas y el medio ambiente del territorio.

G.—Artículo 7 (La cooperación)

60. El artículo 7 trata de expresar en forma más específica que en el texto propuesto en el cuarto informe las obligaciones que dimanan del principio de cooperación. O sea, hay obligación de cooperar en la prevención del efecto nocivo, así como en su control y para minimizarlo una vez producido. No se habla de la obligación de reparar, porque ésta no surge de la obligación de cooperar, sino de la de restablecer el equilibrio de intereses alterado.

61. El artículo 7 se refiere a ambos tipos de actividades mencionados en el artículo 1. En caso de riesgo, la cooperación deberá dirigirse a minimizarlo para tratar de evitar que se produzca el accidente que causaría el daño; en caso de actividades de efectos nocivos, la cooperación deberá tender a que esos efectos se mantengan debajo del umbral del daño apreciable. No podía faltar, en un texto que consagra el principio de la cooperación, una referencia a las organizaciones internacionales, cuya finalidad principal es la de promover la cooperación entre los Estados para los fines de su establecimiento. Sabido es que varias de tales organizaciones, o algunos de sus programas, tendrían capacidad especial para ayudar a los Estados en materias de su competencia. Cabría citar como ejemplo a organizaciones como la OMI, el OIEA, la OMS, la OMM, el PNUMA, dentro del sistema de las Naciones Unidas, y otras, como la OCDE, cuya cooperación debiera requerir obligatoriamente el Estado de origen. Claro está que tal obligación no sería automática en todos los casos, sino en aquellos que lo requirieran. Es por eso que el Relator Especial ha preferido introducir esta mención dentro de un principio tan amplio como la cooperación en lugar de hacerlo en obligaciones más específicas.

62. En suma, no podría estimarse que un Estado de origen ha cumplido con su obligación de cooperar para tratar de evitar la producción de un daño apreciable, si en un caso particular, en que la ayuda de una organización determinada hubiera podido ser útil, ésta no se ha requerido. La cooperación deberá también dirigirse a paliar los efectos de un daño apreciable ya producido. Esa cooperación, en la medida de lo posible, regirá tanto en el sentido del Estado de origen hacia el afectado como a la inversa. Esto significa que si el Estado afectado tiene medios para hacerlo —por ejemplo, si dispone de una tecnología más avanzada—, deberá también ayudar al de origen a paliar los efectos nocivos en su territorio. Se entiende que, como se dice en el cuarto informe[29], esa cooperación no será necesariamente gratuita; lo importante es no negarle al Estado de origen, por el solo hecho de serlo, los medios para remediar o minimizar el daño producido por el accidente en su propio territorio. Esta cooperación, desde luego, implica no aprovechar la oportunidad para buscar ventajas políticas ni para ventilar rivalidades de cualquier tipo.

63. La primera parte del artículo da fundamento a las obligaciones de informar, notificar y consultar al Estado afectado. Como se dijo antes, estas obligaciones sirven para la prevención, porque la participación del Estado afectado significará la coordinación de los esfuerzos de ambas partes en ese sentido. Pero sirven también, y acaso en mayor medida, para la creación de un eventual régimen para la actividad de que se trate. Informar y notificar significa hacer partícipe al presunto Estado afectado en la apreciación conjunta de la naturaleza de la actividad y de sus efectos, lo que permitirá determinar si es necesario crear un régimen para que se restablezca el equilibrio de los intereses. Se trata, pues, de obligaciones «hacia» un régimen, en la medida en que éste sea necesario para evitar que una parte resulte lesionada y la otra se beneficie con la transferencia (externalización) de los costos «internos» de una empresa; es decir, los costos necesarios para prevenir los daños.

H.—Artículo 8 (La prevención)

64. El artículo 8 (anteriormente el artículo 9) enuncia el principio de la prevención[30]. La versión anterior decía que los Estados debían adoptar «todas las medidas de prevención razonables para evitar o minimizar los daños...». La actual redacción obliga a los Estados a tomar «las medidas adecuadas para evitar daños transfronterizos o en su caso minimizar el riesgo de su producción».

65. Este deber no es absoluto, ya que en la oración siguiente se dice que «Para ello, y de acuerdo con su capacidad, adoptarán los mejores medios practicables y disponibles...». Quienes deberán utilizar los mejores medios disponibles son aquellos que conducen la actividad, ya sean personas particulares o el Estado. Esta frase sustituye a «las medidas de prevención razonables», expresión que fue considerada poco exigente o vaga.

66. Los Estados deberán asimismo dictar las leyes y reglamentos administrativos necesarios para convertir esta obligación en normas de derecho interno y además hacer cumplir tales normas internas. O sea que si se trata de una actividad del Estado o de uno de sus organismos o empresas, será el Estado o sus empresas quienes deban emplear las medidas de prevención que correspondan. Pero si esas actividades son llevadas adelante por personas físicas o morales privadas, no es el Estado el que debe desplegar materialmente los medios destinados a la prevención, sino los particulares, y al Estado incumbirá imponer la correspondiente obligación de derecho interno y hacerla cumplir.

67. Por último, pero muy importante, debe tenerse en cuenta la particular situación de los países en desarrollo,

[29] Documento A/CN.4/413 (véase nota 3 *supra*), párr. 100.

[30] Parecido lenguaje se emplea en el párrafo 1 del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982 [*Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.° de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122]; en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985 (PNUMA, Nairobi, 1985); en el artículo 3 del proyecto de convención de Aix-les-Bains sobre la contaminación transfronteriza, elaborado en mayo de 1988 por el Institut international de gestion et de génie de l'environnement (mimeografiado).

que han sido hasta ahora los que más han sufrido las consecuencias de la contaminación global del planeta y los que menos han contribuido a su producción. De ahí que, respecto a los medios para adoptar las medidas adecuadas, el artículo diga que el Estado los adoptará «de acuerdo con su capacidad» y que tales medios deben ser «disponibles» a dichos Estados.

68. Como ya se indicó en relación con el artículo 5, en el proyecto se ofrecen tres posibilidades en materia de prevención. Si se adopta un enfoque de pura responsabilidad causal, las obligaciones de prevención se subsumen en las de reparación. En tal caso, las disposiciones del artículo 8 deberían considerarse como una forma de cooperación, sin que la violación de las obligaciones que prevén implique derecho de tutela jurisdiccional.

I.—Artículo 9 (La reparación)

69. El artículo 9 reproduce el contenido del anterior artículo 10. Sin alterar su sentido, se suprime la alusión a que «el daño [...] no deberá recaer exclusivamente sobre la víctima inocente». La conveniencia de este giro verbal se puso en duda, ya que daba la impresión de que la víctima inocente debía soportar la mayor parte del daño. No era ése, naturalmente, el sentido. Había que transmitir la noción de que la reparación no seguía rigurosamente el principio de *in integrum restitutio* que rige en la responsabilidad por ilicitud, o al menos no lo seguía en cuanto al daño aisladamente considerado en cada caso.

70. Ello es así, en primer lugar, porque el daño no proviene de un hecho ilícito, sino que es un daño esperado de una actividad lícita y respecto a cuya apreciación juegan complejos criterios. Uno de ellos es, por ejemplo, la utilidad que el propio Estado afectado puede derivar de esa actividad, en particular o en general. Otro criterio es la interdependencia del mundo moderno que hace que todos seamos víctimas y victimarios; aun otro consiste en los gastos de prevención en que puede haber incurrido el Estado de origen, y, en fin, todos los factores enumerados, en forma no exhaustiva, en la sección 6 del plan esquemático[31], que acaso requiera una mayor elaboración. En los presentes artículos, la reparación parece participar de la naturaleza de la «distribución de costos» *(costs allocation)* para impedir que un Estado se beneficie injustamente «externalizando» los costos de una actividad de la que es el principal beneficiario y haciéndolos recaer sobre la víctima inocente.

71. La reparación deberá ser objeto de una negociación en la que se harán jugar todos estos factores y surgirá entonces la suma de dinero que el Estado de origen deberá pagar o las medidas que habrá de adoptar en beneficio del Estado afectado. Tal vez se encuentre que es correcto decir que la reparación deberá «tender a restablecer el equilibrio de intereses afectado por el daño», porque acaso sea ésa la definición más ajustada del daño en el presente tema: un cierto efecto que, al perjudicar más de la cuenta al Estado afectado, altera el equilibrio de los intereses en juego alrededor de la actividad que lo produjo, de modo tal que la reparación —sin ser necesariamente equivalente a la totalidad del daño considerado de forma aislada en cada caso— sea de naturaleza tal que reequilibre la balanza de los intereses en juego.

[31] *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), págs. 88 y ss., párr. 109.

IV.—Artículos 10 a 12 propuestos para el capítulo III del proyecto (La notificación, la información y la advertencia por el Estado afectado)

Primer paso del procedimiento hacia la prevención y la formulación de un régimen

72. El Relator Especial propone para el capítulo III los tres primeros artículos siguientes:

CAPÍTULO III

LA NOTIFICACIÓN, LA INFORMACIÓN Y LA ADVERTENCIA POR EL ESTADO AFECTADO

Artículo 10.—Evaluación, notificación e información

Cuando un Estado tuviere motivos razonables para estimar que en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control se está desarrollando o esté a punto de desarrollarse una actividad del artículo 1, deberá:

***a)* examinar dicha actividad para evaluar sus posibles efectos transfronterizos, y si encuentra que ella puede causar un daño de ese carácter, o puede crear el riesgo de causarlo, determinar la naturaleza del daño o riesgo que origine;**

***b)* notificar oportunamente las conclusiones del anterior examen al Estado o Estados afectados;**

***c)* acompañar dicha notificación con los datos técnicos y la información que le sean disponibles para que los Estados notificados puedan evaluar los posibles efectos de la actividad en cuestión;**

***d)* participarles las medidas que intenta aplicar para dar cumplimiento al artículo 8, y si lo considera conveniente las que pudieran servir de base para un régimen legal de dicha actividad entre las partes.**

Artículo 11.—Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales

Si el Estado de origen invocare razones de seguridad nacional o de protección de secretos industriales para no re-

velar algunas informaciones que en caso contrario hubiera debido transmitir al Estado afectado:

***a)* le comunicará que está reteniendo algunas informaciones e indicará en cuál de las dos causales anteriores se basa para hacerlo;**

***b)* si fuera posible, le transmitirá toda la información que no afecte las áreas de reserva invocadas, en especial qué tipo de riesgo y de daño considera previsibles y qué medidas propone para establecer un régimen a la actividad de que se tratare.**

Artículo 12.—Advertencia por el Estado presuntamente afectado

Cuando un Estado tuviere razones graves para creer que es o puede ser afectado por una actividad del artículo 1 y que ésta se desarrolla en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o control de otro Estado, podrá pedirle a éste que aplique las disposiciones del artículo 10. La petición deberá ser acompañada por una exposición técnica documentada de las razones en que se funda esa opinión.

V.—Comentarios generales a los artículos 10 a 12 del capítulo III

A.—Consideraciones generales

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

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

75. Algo similar ocurre con la negociación, que suele confundirse con las consultas. De manera, entonces, que las decisiones jurisprudenciales, los instrumentos convencionales, las resoluciones de las organizaciones internacionales, etc., que se citan como fundamento de la obligación de negociar, también abonan las obligaciones de evaluar, de notificar, de informar y de consultar. Esta es una observación que debe tenerse en cuenta para estimar en qué medida dicha práctica aporta un apoyo a los artículos propuestos.

76. Lo dicho parece indicar que uno de los fundamentos, acaso el más importante, de estas mismas obligaciones es la obligación de cooperar, establecida en el artículo 7, en especial su referencia a la participación. Del deber de cooperar surge en primer término un deber para el Estado de cerciorarse si una actividad que presenta exteriormente características de producir riesgos o efectos nocivos, realmente los causa. Para ello deberá someter dicha actividad a un examen suficientemente profundo como para llegar a conclusiones ciertas al respecto. Si, en cambio, la actividad no tiene tal apariencia, o sea si no hay un riesgo exteriormente «apreciable» de que cause daños transfronterizos y si el Estado tampoco recibe advertencias en ese sentido de otros Estados y —naturalmente— tampoco lo sabe de otra manera, la actividad estaría por debajo del umbral a partir del cual la exigencia de prevención prevista en este proyecto no entra a jugar.

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

78. El deber de cooperar constituye, entonces, un fundamento; el otro se expresaría en la regla general que surge de los casos de jurisprudencia internacional corrientemente citados en este tema: no es permisible en el derecho internacional la utilización consciente por un Estado de su territorio para causar daños a otro Estado. Cabe recordar, en primer lugar, el asunto de la *Fundición de Trail*, en el que el tribunal arbitral declaró:

> [...] ningún Estado tiene el derecho de utilizar, ni permitir la utilización de su territorio, de modo tal que emanaciones procedentes de él causen perjuicios en el territorio de otro Estado, o afecten a bienes situados en dicho territorio o a personas residentes en él[32].

[32] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (N.º de venta: 1949.V.2), pág. 1965.

También en el asunto del *Estrecho de Corfú* (en cuanto al *fondo*), la CIJ afirmó «[...] la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio se utilice para actos que atentan contra los derechos de otros Estados»[33].

B.—La práctica internacional

79. Sería muy largo traer a colación la cantidad de convenios multilaterales y bilaterales que, en circunstancias parecidas a las que rigen el presente tema, establecen las obligaciones de evaluación, notificación e información que prevé el artículo 10. Procede citar algunos antecedentes específicos.

80. En lo referente a la evaluación, cabe notar que el Convenio regional de Kuwait sobre cooperación para la protección del medio marino contra la contaminación, de 1978[34], dispone en su artículo XI:

Artículo XI.—Evaluación del medio ambiente

a) Cada Estado Contratante procurará que se incluya una evaluación de los efectos potenciales para el medio ambiente en todas las actividades de planificación que abarquen proyectos dentro de su territorio, especialmente en las zonas costeras, y que puedan entrañar un riesgo considerable de contaminación en la zona marítima;

[...]

81. Por su parte, la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979[35], establece en su artículo 8 que:

Artículo 8

Las Partes Contratantes, tanto por conducto del Organo Ejecutivo a que se refiere el artículo 10 como bilateralmente, procederán, en su esfera de interés común, al intercambio de la información de que dispongan en cuanto a:

[...]

b) Los cambios importantes en las políticas nacionales y el desarrollo industrial general, y sus posibles efectos en lo que respecta a modificaciones significativas en la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia;

[...]

82. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982[36], señala en el artículo 200 que:

Artículo 200.—Estudios, programas de investigación e intercambio de información y datos

Los Estados [...] procurarán participar activamente en los programas regionales y mundiales encaminados a obtener los conocimientos necesarios para evaluar la naturaleza y el alcance de la contaminación, la exposición a ella, su trayectoria y sus riesgos y remedios.

83. Por otra parte, el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre cooperación para la protección y mejoramiento del medio ambiente en la zona fronteriza, de 1983[37], dice en su artículo 7:

Artículo 7

Las Partes evaluarán, según sea apropiado, de conformidad con sus respectivas leyes, reglamentos y políticas nacionales, proyectos que puedan tener impactos significativos en el medio ambiente de la zona fronteriza, para que se puedan considerar medidas apropiadas para evitar o mitigar efectos ambientales adversos.

84. En lo referente a la notificación e información, es de señalar que existen numerosos instrumentos que contienen obligaciones de notificación, información y consulta en relación con nuevos usos de cursos de agua internacionales que, *mutatis mutandis*, resultan aplicables al presente tema; algunos de ellos figuran en el tercer informe del Sr. McCaffrey sobre los cursos de agua internacionales[38]. Dentro de ese mismo informe pueden destacarse dos casos que no se refieren específicamente a los cursos de agua, sino que tienen carácter más general.

85. El primer caso especialmente destacable es la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE[39], cuyo anexo consagra un «Principio de información y consulta», que dice lo siguiente:

6. Antes de iniciar en un país obras o actividades que puedan crear un riesgo significativo de contaminación transfronteriza, este país debiera proporcionar una información anticipada a los demás países afectados o que puedan verse afectados. Debiera proporcionar a estos países la información y datos pertinentes cuya transmisión no esté vedada por disposiciones o prescripciones legislativas o por las convenciones internacionales pertinentes, invitándoles a formular sus observaciones.

7. Los países debieran consultarse respecto de los problemas de contaminación transfronteriza existentes o previsibles a solicitud de un país que esté o pueda estar directamente afectado y debieran con diligencia llevar a cabo esas consultas respecto de este problema específico durante un lapso razonable.

8. Los países debieran abstenerse de ejecutar proyectos o actividades que pudieran crear un riesgo significativo de contaminación transfronteriza sin informar primero a los países que están o pueden estar afectados y, salvo en casos de extrema urgencia, debieran proporcionar un plazo razonable a la luz de las circunstancias a los fines de una consulta diligente. Esas consultas, celebradas con el mejor ánimo de cooperación y buena vecindad, no debieran permitir que un país demore irrazonablemente o impida las actividades o proyectos respecto de los cuales se efectúan las consultas.

86. De paso, se observará también la referencia al «riesgo significativo» en los párrafos 6 y 8 del texto citado, que ratifica la utilización, hecha por el Relator Especial, del concepto similar de «riesgo apreciable».

87. El otro caso de especial interés es el del «Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados», elaborado en 1978 por el Grupo de trabajo intergubernamental de expertos sobre recursos naturales compartidos por dos o más Estados[40]. Como el

---

[33] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 22.

[34] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1140, pág. 133.

[35] E/ECE/1010. Aparecerá en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, N.° 21823.

[36] Véase nota 30 *supra*.

[37] *Diario Oficial*, México, D.F., t. CCCLXXIII, N.° 15, 22 de marzo de 1984, págs. 5 y ss.

[38] *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), págs. 24 y ss., documento A/CN.4/406 y Add.1 y 2, cap. III.

[39] Recomendación sobre los «Principios concernientes a la contaminación transfronteriza», adoptada por el Consejo de la OCDE el 14 de noviembre de 1974, *ibid.*, párr. 79.

[40] *Ibid.*, párr. 87. El texto definitivo de estos principios de conducta figura en PNUMA, *Derecho Ambiental.—Líneas directrices y principios*, N.° 2, *Recursos naturales compartidos*, Nairobi, 1978.

Sr. McCaffrey recuerda en su informe, el proyecto de principios fue luego aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA, que lo transmitió a la Asamblea General para su aprobación. Los principios fueron entonces transmitidos por el Secretario General a los Estados Miembros, para que formulasen observaciones, y después examinados en la Segunda Comisión. En su resolución 34/186, aprobada sin votación el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General «toma nota» del informe del Grupo de trabajo intergubernamental de expertos y del proyecto de principios y pide a todos los Estados que utilicen los principios como directrices y recomendaciones en la formulación de convenciones bilaterales o multilaterales relativas a los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, sobre la base de la buena fe y con espíritu de buena vecindad.

88. El Principio 6 del proyecto señalado es particularmente pertinente:

Principio 6

1. Es necesario que todo Estado que comparte un recurso natural con otro o varios otros Estados:

a) notifique con antelación al otro o a los otros Estados que comparten el recurso los detalles pertinentes de los planes encaminados a iniciar la conservación o la utilización de ese recurso, o introducir un cambio en éstas respecto de los cuales razonablemente pueda preverse que afectarán sensiblemente al medio ambiente en el territorio de ese otro o esos otros Estados;

b) a petición de ese otro o esos otros Estados, entable consultas en relación con dichos planes;

c) facilite, a petición en ese sentido del otro o de los otros Estados, información adicional concreta que sea pertinente en relación con esos planes; y

d) en caso de que no se haya hecho la notificación mencionada en el inciso *a supra*, entable consultas acerca de esos planes con el otro o los otros Estados cuando éstos así lo soliciten.

2. En los casos en que la legislación nacional o los convenios internacionales prohíban la transmisión de determinada información, el Estado o los Estados que se reserven esa información deberán cooperar no obstante ello con el otro o los otros Estados interesados, sobre la base en particular del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, a fin de llegar a una solución satisfactoria.

89. Por su parte, el Principio 7 se refiere a la oportunidad de cumplir con el Principio 6 y al espíritu en que debe serlo. Dice lo siguiente:

Principio 7

El intercambio de información, las notificaciones, las consultas y otras formas de cooperación aplicables a los recursos naturales compartidos se llevan a cabo sobre la base del principio de la buena fe y en el espíritu de la buena vecindad, y de modo tal que se evite todo retraso injustificado, sea en las formas de cooperación, sea en la ejecución de proyectos de desarrollo o conservación.

90. Aparte de estos antecedentes citados en el tercer informe del Sr. McCaffrey, hay otros relativos a la obligación de consultar, que implica naturalmente alguna forma de notificación e información sin las cuales no hay consulta posible.

91. Un antecedente es el artículo 5 de la Convención sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a grandes distancias, de 1979[41], que establece lo siguiente:

Artículo 5

Se celebrarán, cuando así se solicite, en las fases iniciales consultas entre las Partes Contratantes efectivamente afectadas por un riesgo considerable de contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia o expuestas a dicho riesgo, por una parte, y las Partes Contratantes en las cuales y bajo cuya jurisdicción se origina o podría originarse una contribución considerable a la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, por otra parte, en relación con actividades llevadas a cabo o proyectadas allí.

Cabe hacer notar, aquí también, el uso del concepto de «riesgo considerable» que está en armonía con el de «riesgo apreciable» empleado por el Relator Especial en otros artículos.

92. Otro antecedente es el párrafo 1 del artículo 9 del Convenio para la prevención de la contaminación marina procedente de fuentes terrestres, de 1974[42], que dice lo siguiente:

Artículo 9

1. Cuando la contaminación procedente de fuentes terrestres situadas en el territorio de una de las Partes Contratantes pueda causar perjuicio a los intereses de una o más de las otras Partes en el Convenio mediante sustancias no enumeradas en la parte I del anexo A del presente Convenio, las Partes Contratantes interesadas se comprometen a celebrar consultas, a pedido de cualquiera de ellas, con miras a negociar un acuerdo de cooperación.

[...]

93. Asimismo, el párrafo 2 del artículo 142 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 1982[43], se refiere a la explotación por un Estado de recursos minerales de los fondos marinos más allá de los límites de la jurisdicción nacional de un Estado ribereño, y a sus obligaciones respecto de ese Estado ribereño; establece lo siguiente:

Artículo 142.—Derechos e intereses legítimos de los Estados ribereños

[...]

2. Se celebrarán consultas con el Estado interesado, incluido un sistema de notificación previa, con miras a evitar la lesión de sus derechos e intereses legítimos. En los casos en que las actividades en la Zona puedan dar lugar a la explotación de recursos situados dentro de la jurisdicción nacional de un Estado ribereño, se requerirá su previo consentimiento.

94. Procede destacar también el artículo III del Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, de 1969[44], que dice lo siguiente:

Artículo III

Cuando un Estado ribereño ejercite su derecho de tomar medidas de conformidad con el Artículo I, se atendrá al siguiente procedimiento:

a) antes de tomar medida alguna, el Estado ribereño consultará con los otros Estados afectados por el accidente marítimo, en particular con el Estado o Estados cuyos pabellones enarbolen los barcos;

b) el Estado ribereño notificará sin demora las medidas que se propone tomar a aquellas personas físicas o jurídicas que, según le conste o haya

[41] Véase nota 35 *supra*.

[42] PNUMA, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie références 3, Nairobi, 1982, pág. 446.

[43] Véase nota 30 *supra*.

[44] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 970, pág. 254.

llegado a su conocimiento durante las consultas, tengan intereses que con toda probabilidad quedarán afectados por esas medidas. El Estado ribereño tendrá en cuenta toda opinión que le expresen esas personas;

[...]

95. Conviene citar asimismo los artículos IV y V del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y Canadá relativo al intercambio de información sobre actividades de modificación meteorológica, de 1975[45], que establecen lo siguiente:

Artículo IV

Además del intercambio de información que prevé el artículo II de este Acuerdo, ambas Partes convienen en notificar e informar ampliamente a la otra acerca de las actividades de modificación meteorológica de interés mutuo que llevan a cabo, con anterioridad al comienzo de dichas actividades. No se escatimarán esfuerzos para proporcionar esa información con la máxima antelación posible, teniendo presentes las disposiciones del artículo V de este Acuerdo.

Artículo V

Las Partes convienen en celebrar consultas, a pedido de cualquiera de ellas, acerca de las actividades de modificación meteorológica de interés mutuo. Dichas consultas se iniciarán prontamente a pedido de una de las Partes y, en casos de urgencia, se podrán efectuar por teléfono o por otros medios rápidos de comunicación. En la celebración de las consultas se tendrán en cuenta las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de las Partes relativos a la modificación meteorológica.

[45] *Ibid.*, vol. 977, pág. 385.

VI.—Comentarios específicos a los artículos 10 a 12 del capítulo III

A.—Artículo 10 (Evaluación, notificación e información)

96. El artículo 10 plantea la hipótesis de que un Estado se percata de que va a comenzarse en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control una actividad del artículo 1.

1. Apartados *a*, *b* y *c*

97. Como antes se observó, es casi innecesario fundamentar la obligación del Estado presumiblemente de origen de examinar la actividad. Pero es que, además, normalmente lo hará por razones de precaución hacia la población propia, ya que actividades del tipo que se consideran necesitan por regla general una autorización.

98. Si el examen de la actividad lleva al Estado de origen a la conclusión de que de ella pueden derivar daños transfronterizos, de los mismos fundamentos mencionados (cooperación, no causar conscientemente un daño a otro Estado desde el propio territorio) surge la obligación de notificar al Estado o Estados afectados sobre esta circunstancia, así como la de acompañar a esa notificación toda la información que hubiera podido acumular en relación con la actividad de riesgo. Nótese que se dice «datos técnicos y la información que le sean disponibles» al Estado de origen, con lo que se quiere decir que no se le exigirá a éste una búsqueda adicional de antecedentes, o un examen más profundo que el que haya realizado para la evaluación de los efectos de la actividad de que se trate.

2. Apartado *d*

99. Se ha visto que también hay otras finalidades que cumple la obligación de notificar, como llamar al Estado eventualmente afectado a participar en la formulación de un régimen para la actividad de que se trate; la expresión «régimen legal» no debe hacer pensar que en todos los casos se tratará de un complejo instrumento jurídico. A veces, si la situación es simple, podrá bastar al Estado de origen proponer algunas medidas que, o bien minimicen el riesgo (en caso de actividades de riesgo) o bien reduzcan el daño transfronterizo a niveles inferiores al de «daño apreciable». Desde luego, el Estado de origen puede proponer también algunas medidas legales, por ejemplo, el principio de que está dispuesto a indemnizar los eventuales daños causados. Tales medidas propuestas y la aceptación por el Estado afectado podrían conformar el régimen legal que regiría entre las partes la actividad de que se trate.

100. El primer paso en la dirección de un régimen está dado, entonces, por la notificación y la proposición de las medidas a que acabamos de referirnos. La participación del afectado en este proceso conviene también al Estado de origen, que tiene un presunto interés en encontrar un régimen legal para una actividad de riesgo o de efectos transfronterizos nocivos, de la que es responsable. En todo caso, tendría ese interés si la actual incertidumbre del derecho internacional general se trocara en la certeza de que los daños transfronterizos que produjera deben ser indemnizados.

101. El régimen hacia el cual se tiende con la obligación de notificar no tendría sólo por objeto prevenir accidentes, sino equilibrar los intereses de las partes poniendo orden en una verdadera constelación de factores. Así, por ejemplo, se podrían determinar las medidas de prevención teniendo en cuenta sus costos en relación con los costos de accidentes y los beneficios de la actividad, la magnitud de los riesgos que la actividad envuelve, la importancia económica y social de la actividad de que se trate, la participación eventual de cada uno de los Estados en los costos que las operaciones impliquen —si se conviene en que se compartan ciertos costos—, las excepciones que puedan oponerse a estas obligaciones, etc.

B.—Artículo 11 (Procedimiento para protección de la seguridad nacional o de secretos industriales)

102. Hay que contemplar los casos en que, por razones de seguridad nacional o de protección de secretos industriales, la transmisión al Estado afectado de toda la información que se posee ponga al de origen en situación de perjuicio. Se trata aquí de un problema de equilibrio de

intereses típico de esta materia. No parece justo obligar a un Estado a revelar procedimientos industriales que acaso le costó mucho adquirir, de manera que los competidores se beneficien gratuitamente. Otras veces la seguridad nacional puede dictar la necesidad de no transmitir ciertas informaciones. Pero ¿hasta dónde pueden protegerse jurídicamente dichos intereses? Sin duda hasta donde su mantenimiento cause un perjuicio a terceros Estados. En cuanto ese perjuicio surja, habrá que restaurar el equilibrio trayendo alguna pesa de un platillo al otro.

103. Por otra parte, ¿cómo evitar que so pretexto del secreto industrial o de seguridad nacional no se ampare una mala voluntad o alguna otra conveniencia —distinta de la seguridad nacional o del secreto de industria— o simplemente el afán de evitar la participación del Estado afectado con su consiguiente control?

104. Respetando, entonces, el derecho del Estado de origen a no dar en estos casos toda la información que debiera, ha de mantenerse subsistente su deber de dar al afectado aquella que no afecte su seguridad nacional o los secretos industriales de que se trate.

105. En los casos en que por falta de información respecto a la fuente del daño sea difícil rastrear la causalidad de los daños producidos, se debe permitir que el Estado afectado recurra a presunciones, pruebas circunstanciales e indicios para demostrar que tales daños han sido causados por la actividad de que se trate. Regla, por otra parte, de parecidos fundamentos a la aplicada en el asunto del *Estrecho de Corfú*[46], que permite al Estado afectado acudir a tales recursos procesales para demostrar que el Estado de origen conocía lo que estaba sucediendo en su territorio y que causó un daño al Estado afectado.

[46] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 18.

C.—Artículo 12 (Advertencia por el Estado presuntamente afectado)

106. El artículo 12 complementa la situación prevista en el artículo 10. Es posible que un Estado no haya advertido que en las circunstancias del artículo 1 se desarrollaba una actividad de riesgo o de efectos nocivos. También puede ser que el Estado de origen haya subestimado en principio esas características de la actividad. Cualquiera que haya sido la razón, si un Estado advierte el peligro que significa para su propio territorio una actividasd determinada en otro Estado, tiene derecho a hacérselo saber, acompañando esa advertencia con una exposición pormenorizada y de carácter técnico de las razones en que funda su opinión. En suma, la disposición que comentamos le da al Estado afectado el derecho de pedir al Estado de origen que cumpla con las obligaciones del artículo 10, esto es, que: *a*) examine la actividad para apreciar sus efectos; *b*) le haga llegar sus conclusiones al respecto; y *c*) acompañe los datos técnicos relevantes. Asimismo, en caso de que el Estado de origen encuentre que la actividad efectivamente es una de las contempladas en el artículo 1, debe informar al Estado afectado las medidas unilaterales que piensa aplicar en cumplimiento del artículo 8 y eventualmente las que pudieren servir de base para un régimen legal de la actividad entre las partes.

VII.—Artículos 13 a 17 propuestos para el capítulo III del proyecto

Pasos posteriores a la notificación

107. El Relator Especial propone para el capítulo III los otros cinco artículos siguientes:

Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen

A menos que se hubiere acordado otra cosa, el Estado notificante dará al notificado o notificados un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de la actividad y comunicarles sus conclusiones. Durante ese plazo, el Estado notificante cooperará con él o los notificados facilitándoles, cuando se lo pidieran, cualesquiera otros datos o informaciones adicionales de que dispusiere y que sean necesarios para una mejor evaluación de los efectos de la actividad.

Artículo 14.—Respuesta a la notificación

El Estado al que se haya hecho la notificación comunicará lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante, haciéndole saber si acepta las medidas propuestas por aquél y transmitiéndole las que él mismo pudiere proponer como complemento o reemplazo de aquéllas, acompañando una exposición técnica documentada de las razones en que se fundamentare.

Artículo 15.—Falta de respuesta a la notificación

1. Si dentro del plazo mencionado en el artículo 13, el Estado notificante no recibe comunicación alguna de las previstas en el artículo 15, podrá considerar que las medidas de prevención y eventualmente el régimen legal que propuso en el momento de la notificación son aceptables para la actividad de que se trate.

2. Si el Estado notificante no propone ninguna medida para la creación de un régimen legal, tendrá vigencia el que formulan los presentes artículos.

Artículo 16.—Obligación de negociar

1. Si el Estado notificante y el o los notificados están en desacuerdo respecto de:

a) la naturaleza de la actividad o de sus efectos; o

b) del régimen jurídico para esa actividad,

VARIANTE A

éstos deberán sin demora consultarse con miras a establecer los hechos con certidumbre en el caso del apartado *a* y de llegar a un acuerdo al respecto en el del *b*.

VARIANTE B

éstos deberán, a menos que se acuerde otra cosa, establecer un mecanismo de determinación de los hechos según lo dispuesto en el anexo a estos artículos, para que establezca los efectos transfronterizos probables de la actividad. El informe será de carácter consultivo y no obligatorio para los Estados interesados. Producido el informe, los Estados interesados se consultarán para negociar un régimen jurídico adecuado a la actividad.

2. Estas consultas y negociaciones se mantendrán con arreglo al principio de la buena fe y al de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta los derechos y los intereses legítimos del otro Estado, o de los otros Estados.

Artículo 17.—Falta de respuesta a la notificación del artículo 12

Si el Estado advertido según la disposición del artículo 12 no diera respuesta alguna dentro del plazo de seis meses de recibida la advertencia, el presuntamente afectado podrá considerar que la actividad referida en la notificación tiene la naturaleza que allí se le asigna y en tal caso ésta será sometida al régimen de los presentes artículos.

VIII.—Comentarios generales a los artículos 13 a 17 del capítulo III

A.—Consideraciones generales

108. Hasta aquí se ha examinado una situación clara, con considerable apoyo doctrinario y de la práctica internacional. Los problemas se presentan a partir de este punto y son básicamente dos:

a) ¿Debe suspender el Estado de origen la iniciación de la actividad hasta haber llegado a un acuerdo satisfactorio con el Estado o los Estados afectados?

b) ¿Qué sucede con actividades que existen ya desde hace tiempo? ¿Cuál podría ser la situación respecto de ciertas descargas industriales, el uso de determinados fertilizantes en la agricultura, las descargas de automóviles y camiones, la calefacción de casas, etc., que producen efectos nocivos pero que han sido tolerados hasta el presente?

B.—Suspensión o no de la iniciación de la nueva actividad

109. En cuanto a la suspensión o no de la actividad, se comenzará por hacer una comparación con la situación —parecida, pero no siempre análoga— de las nuevas obras proyectadas que se contempla en los artículos 11 y siguientes del proyecto sobre los cursos de agua internacionales[47].

110. Existen algunas similitudes entre el presente tema y el de los cursos de agua. Una actividad puede implicar inversiones considerables, como suele suceder con las obras proyectadas en los cursos de agua. Es natural que deba esperarse la autorización correspondiente antes de lanzarse a una obra muchas veces de cierta magnitud, cuyos planos u otros importantes y costosos aspectos técnicos podrían requerir cambios. Lo mismo acaecería si se tratara, en el contexto del presente tema, de una nueva modalidad de producción que exigiera adaptar existentes instalaciones o construir otras nuevas, modificar procesos de producción, etc. Una vez hechos esos gastos, es más difícil prohibir la iniciación de la actividad o imponerle modalidades que, de haber sido previstas al comienzo, hubieran podido adoptarse con menores problemas. Asimismo, si puede producirse algún perjuicio con la construcción de la nueva obra, igual que con el desarrollo de la nueva actividad, es mejor en principio esperar a obtener el consentimiento del afectado para comenzarla.

111. Pero la analogía palidece algo si se advierte que las actividades relativas a un curso de agua, aunque variadas, no son infinitas y están bien determinadas. Un Estado ribereño puede aceptar esta traba sin que su libertad de acción en el territorio nacional quede demasiado afectada. Otra cosa es, sin embargo, someter el cambiante y múltiple flujo de las actividades humanas al lecho de Procusto de una autorización internacional. Sin mencionar tampoco el hecho, ya comentado más arriba, de que en la mayor parte de los casos el efecto transfronterizo comenzará a ejercerse contra la propia población, y que las actividades de riesgo o que producen efectos nocivos normalmente deben pasar un examen previo antes de ser autorizadas por la autoridad nacional[48].

112. Parece, entonces, que habría que profundizar algo más el análisis antes de proponer una solución como la adoptada provisionalmente respecto a los cursos de agua, o sea, la suspensión del comienzo de la obra nueva proyectada. Se trata, en suma, de hacer jugar equilibradamente el principio contenido en el artículo 6, relativo a la libertad de acción en el propio territorio y a los límites de esa libertad.

[47] Véanse el texto de los artículos 11 a 21 de la parte III (Medidas proyectadas) de ese proyecto y los comentarios respectivos en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), págs. 49 y ss.

[48] Contrariamente podría argüirse que un Estado posiblemente afectado no tiene obligación de atenerse a la apreciación de otro Estado de los riesgos y daños para su propia población, ya que cada Estado puede tener una sensibilidad diferente en cuanto al tratamiento de sus propios nacionales, como lo prueba la diversidad de sensibilidad en cuanto a la vigencia y aplicación de los derechos humanos, por ejemplo. Pero, en todo caso, el argumento no deja de tener su peso y debe ser considerado por lo que vale.

113. La suspensión de la actividad se basaría en una interpretación del artículo 6 que pone énfasis en la limitación; la actividad no comienza hasta tanto no se levanta la traba constituida por los derechos emanados de la soberanía del afectado. La ventaja que ofrece es que se coloca en la situación ideal, en que una actividad de riesgo o de efectos nocivos no tiene lugar hasta que no se han acordado todos los aspectos relativos al equilibrio de los intereses en juego, ni se han llevado al máximo las medidas de prevención, lo que, según se ha visto, sólo sucedería con la participación del Estado afectado.

114. La otra solución, esto es, la de iniciar la actividad sin esperar el consentimiento del afectado, da prioridad, en cambio, a la libertad de acción. Claro está que en este último caso el Estado de origen debería tomar sobre sí de inmediato la responsabilidad por todos los daños que pudiera producir. En suma, los artículos constituirían un régimen interino en cuyo marco la actividad podría continuar; libertad y responsabilidad irían aquí juntas como en otros órdenes de la vida.

115. Esta solución sanciona los efectos *ex post facto*. Si el Estado de origen tenía buenas razones para pensar que estaba en lo cierto y si no se producen efectos apreciables en el otro Estado, habrá tranquilidad y tiempo para negociar el régimen más adecuado. En cambio, si estaba equivocado pagaría su error, lo que lo induciría a ser cauto y a no oponer dificultades en cuanto a la formulación de un régimen específico para la actividad lo antes posible. Todo esto será considerado cuando se aborde el capítulo relativo a la reparación.

116. El Relator Especial cree que al permitir la iniciación de la actividad de que se trate, el establecimiento de los plazos para el procedimiento se haría acaso menos angustioso, ya que ambos Estados tendrían interés en buscar una solución negociada lo antes posible.

C.—Las actividades existentes

117. Es obvio que hay ciertas actividades que producen efectos nocivos y que no obstante ello se toleran actualmente. Se ha llegado a esta situación acaso porque los daños que producen son comunes a todos los Estados, o porque no puede individualizarse bien el origen de los efectos perjudiciales, o porque éstos han ido aumentando gradualmente y sólo han sido advertidos cuando ya resulta muy difícil una prohibición directa y sin más, etc.

118. Es también claro que la mayor parte de esas actividades están sometidas a escrutinio y examen, y son objeto de negociaciones internacionales cuyo objeto es mitigar sus efectos, encontrar sustitutivos a algunos elementos particularmente dañosos que emplean y, en fin, ir librando al mundo de sus actuales efectos deletéreos. Es acaso ésta la mayor preocupación de nuestros días y parece algo redundante referirnos a ella con abundancia de pormenores.

119. El proyecto actual, incluyendo las líneas generales del plan esquemático para las partes que no han sido aún desarrolladas, parece prestarse adecuadamente para un período de transición, ya que si bien se mira la principal prestación que establece es una obligación de negociar: de negociar un régimen adecuado para actividades que lo están reclamando, y de negociar reparaciones para el caso de daños producidos. Acaso una posterior reflexión sobre este delicado punto pueda llevar a la Comisión a concluir que sea conveniente algún retoque en el procedimiento que estos artículos conforman para contemplar las actividades ya existentes de antiguo, por lo cual el Relator Especial, en la esperanza de que los miembros de la Comisión adelanten opiniones al respecto que puedan ser útiles, ha creído conveniente incluir este párrafo en el actual informe.

120. También parece razonable que si el desarrollo de la ciencia o de la tecnología va ofreciendo elementos o técnicas sustitutivos en relación con ciertas actividades, los Estados afectados tengan derecho a notificar de esta circunstancia a los de origen y llamarlos a la mesa de la negociación para acordar las posibles maneras de introducir tales elementos o técnicas de forma que los intereses en juego permanezcan equilibrados. Todo ello, naturalmente, teniendo en cuenta la especial situación de los países en desarrollo, que hasta el presente son los que menos han contribuido con los efectos de sus actividades a la agravación del problema y que, en cambio, han sufrido más por sus consecuencias.

121. El Relator Especial espera poder abordar este difícil problema más adelante, pero agradecería especialmente toda opinión que los miembros de la Comisión pudieran adelantar al respecto para facilitar su tarea.

IX.—Comentarios específicos a los artículos 13 a 17 del capítulo III

A.—Artículo 13 (Plazo para responder a la notificación. Obligación del Estado de origen)

122. El artículo 13 sigue *mutatis mutandis* a los artículos 13 y 14 del proyecto relativo a los cursos de agua internacionales[49]. Conviene hacer notar aquí también que se prefirió un plazo fijo antes que uno «razonable», puesto que la certidumbre en cuanto al período sería beneficiosa para el notificante y el notificado. La fórmula «a menos que se hubiere acordado otra cosa», que figura ya en el artículo 13 del proyecto relativo a los cursos de agua, indica que los Estados pueden y deben acordar, en cada caso particular, el plazo adecuado a la situación. El plazo de seis meses, entonces, tiene carácter supletorio. En la generalidad de los casos podría ser conveniente para ambas partes expedir el trámite del procedimiento, puesto que un régimen particular se adapta mejor a las condiciones específicas de la actividad objeto de negociaciones que uno general y concebido solamente con carácter supletorio e interino.

[49] Véase nota 47 *supra*.

123. La segunda parte del artículo 13 sigue también las líneas del artículo 14 del proyecto relativo a los cursos de agua y establece una obligación de cooperación a cargo del Estado de origen: proporcionar toda la información de que disponga respecto a la actividad nueva que le sea pedida por el notificado. Tampoco se le exigen posteriores investigaciones, sino que complete la información ya adelantada con la «que dispusiere» y que pueda ser necesaria para mejor evaluar los efectos de la actividad proyectada.

B.—Artículo 14 (Respuesta a la notificación)

124. El Estado notificado debe responder «lo antes posible»; o sea que, si alcanza sus conclusiones respecto a lo que se le ha notificado con anterioridad al vencimiento del plazo de seis meses, deberá desde entonces hacérselo saber al notificante. Aunque aquí no corre la misma prisa que en el caso equivalente del tema de los cursos de agua, ya que el supuesto Estado de origen ha dado comienzo a la actividad, sin embargo razones que hacen a la conveniencia general de que estos trámites terminen en un plazo expeditivo aconsejan la redacción propuesta. Naturalmente que si el notificado está en desacuerdo con respecto a las apreciaciones hechas por el Estado notificante sobre la naturaleza de la actividad o sus efectos, así como sobre las medidas que podrían darle marco jurídico, deberá fundamentar adecuadamente y en razones técnicas su posición.

C.—Artículo 15 (Falta de respuesta a la notificación)

125. El artículo 15 contempla el caso de la falta de respuesta dentro del plazo previsto y, naturalmente, si no ha habido prórroga de dicho término. La falta de respuesta denota un asentimiento, y el Estado notificante está autorizado a presumirlo así en vista de que era obligación del Estado notificado responder, por sí o por no, respecto a lo que se le notifica y propone. El Estado notificante puede entonces seguir adelante con la actividad de acuerdo con las medidas propuestas para la prevención de daños y riesgos. Si las propuestas del Estado de origen presentan lagunas u omisiones, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de estos artículos. Si no se propuso ningún régimen legal, los presentes artículos regirán directamente entre las partes.

D.—Artículo 16 (Obligación de negociar)

126. Como se ha visto, el primer paso en el procedimiento consistía en evaluar la naturaleza y los efectos de una actividad y el segundo paso en notificar e informar (como deber propio de evitar y minimizar los daños y también como deber de cooperar). En este momento, si el Estado afectado concuerda con la apreciación que de la naturaleza y efectos de la actividad ha hecho el Estado de origen, así como con las proposiciones que avanzó a su respecto, se ha llegado a un acuerdo sobre el régimen que ha de regirla. Ambos Estados deberían, en tal caso, formalizar su consenso en un convenio.

127. Otra posibilidad es que el Estado presuntamente afectado notifique al Estado de origen que en su territorio se está desarrollando una actividad que puede ser caracterizada como del artículo 1. En tal caso, puede suceder una de dos cosas: o bien el Estado de origen acepta esta apreciación y hace a su respecto las correspondientes propuestas, o bien no la acepta y por ende no adelanta propuesta alguna.

128. En la primera hipótesis, se trata del caso contemplado antes, y aquí puede pasar que el Estado afectado acepte a su vez las propuestas del Estado supuestamente de origen, o bien que las considere insuficientes. En suma, si no hay coincidencia entre las partes, ya sea respecto a las características y efectos de la actividad, ya sea en cuanto a las propuestas hechas para darle un marco jurídico, aparece el primer desacuerdo.

129. Aquí surge, entonces, por primera vez la obligación de negociar en su estado puro, porque la notificación y la información son pasos previos e indispensables a la negociación, pero no son la negociación misma. Sobre esta obligación se ha debatido mucho tanto en la CDI como en la Sexta Comisión y en innúmeros foros académicos. Se ha tratado el asunto en el presente tema, pero la obligación de negociar se estudió antes y con profundidad en el tema de los cursos de agua internacionales[50].

130. El Relator Especial piensa que la tarea que compete aquí a la Comisión no es la de intentar un acceso al asunto *ex novo* —lo que implicaría una inútil duplicación de esfuerzos—, sino más bien la de preguntarse si los numerosos antecedentes que existen respecto a la obligación de negociar se aplican a la esfera que se examina, esto es, si las reglas aplicables a asuntos como el del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*, del *Lago Lanós*[51], de la *Plataforma continental del mar del Norte* o de las *Jurisdicciones pesqueras* (Reino Unido c. Islandia) son aplicables al tema de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

131. Pero si bien la práctica internacional es muy variada al respecto, las decisiones judiciales y arbitrales, los convenios multilaterales y bilaterales que establecen la obligación de negociar en casos análogos a los de las anteriores decisiones, todas las resoluciones de organismos internacionales y todas las recomendaciones de instituciones científicas tienen un mínimo común denominador: todos se refieren a situaciones de conflictos de intereses.

132. En suma, que la negociación es la primera forma de abordar cualquier controversia internacional. Es conveniente recordar el tan citado párrafo del fallo dictado el 20 de febrero de 1969 por la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte:*

> [...] La Corte recuerda que la obligación de negociar [...] no constituye sino una aplicación particular de un principio, que figura en la base de todas las relaciones internacionales y que, por otra parte, se reconoce en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como uno de los métodos de arreglo pacífico de controversias internacionales; no es preciso insistir en el carácter fundamental de esta forma de arreglo, excepto para señalar que se ve reforzada por el hecho comprobable de que el arreglo judicial o arbitral no siempre es generalmente aceptado. [...][52]

133. Si bien es cierto que el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas se refiere a las controversias que pon-

[50] Véase el comentario al artículo 3 adoptado por la Comisión en su 32.º período de sesiones, *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 111 y ss., párrs. 17 a 35.

[51] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (número de venta: 63.V.3), pág. 281.

[52] *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 86.

gan en peligro la paz y la seguridad internacionales, hay en la misma Carta fundamentos suficientes para establecer la obligación de negociar no solamente en relación con ese solo tipo de disputas. Por de pronto, el principio de la igualdad soberana de los Estados, estipulado en el párrafo 1 del Artículo 2, sobre el que está fundada la Organización, exige que si un Estado se considera lesionado en sus derechos, o si sus intereses se ven menoscabados por la acción de otro Estado, este último deba escucharlo en sus reclamaciones y buscar de buena fe una forma de restablecer la igualdad si ésta ha sido realmente menoscabada. Por lo demás, el principio establecido en el párrafo 3 del mismo Artículo 2 prevé la obligación de los Estados de arreglar las diferencias internacionales de forma que no sólo sean la paz y la seguridad internacionales las que no se vean en peligro, sino también la justicia.

134. Esta obligación de negociar, que parece entonces aplicable a todo conflicto de intereses, lo es en particular respecto a las consecuencias perjudiciales de las actividades no prohibidas por el derecho internacional, si se tienen en cuenta las consideraciones que la CIJ hace en los asuntos de las *Jurisdicciones pesqueras*[53]. Señala la Corte:

> [...] No se trata, ni en un caso ni en otro, de derechos absolutos: los derechos preferenciales de un Estado ribereño se ven limitados por [...] su obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados y por las necesidades de la conservación; los derechos establecidos de otros Estados que practican la pesca se ven, a su vez, limitados por la dependencia especial del Estado ribereño con respecto a las pesquerías y por su propia obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados, incluidos los derechos del Estado ribereño, así como por las necesidades de la conservación[54].

Y un poco más adelante:

> Por consiguiente, la obligación de negociar se desprende de la misma naturaleza de los derechos respectivos de las partes; ordenarles que negocien constituye, por lo tanto, una manera adecuada de ejercer la función judicial en este caso. Ello corresponde también a los principios y disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas sobre el arreglo pacífico de controversias. [...][55]

Y a continuación la Corte cita el párrafo de su fallo sobre la *Plataforma continental del mar del Norte* que se ha transcrito más arriba (véase párr. 132).

135. Pues bien, esta descripción de la Corte en los asuntos de las *Jurisdicciones pesqueras* parece aplicable, casi textualmente, a las situaciones que interesan al presente tema. La obligación de negociar dimana de la naturaleza misma de los derechos respectivos de las partes: por un lado, el derecho, derivado de la soberanía territorial del Estado de origen, de utilizar su territorio en libertad; por otro, el del Estado afectado, igualmente fundado en su soberanía territorial, de no verse perjudicado en el uso y goce de su territorio.

136. Mientras en el pasado las aplicaciones de la tecnología eran de naturaleza tal que no implicaban sino muy excepcionalmente daños transfronterizos, no hubo necesidad de reglamentación alguna, como sucedía también en el caso de las pesquerías hasta la intensificación de las actividades pesqueras. Pero cuando el avance científico puso a nuestra disposición técnicas que sí tenían esas posibilidades de daños transfronterizos, se creó una situación de interdependencia que exige ciertas limitaciones a los derechos de todos los Estados. Es así que ahora existe, como dice la Corte, la «obligación de tener en cuenta los derechos de otros Estados... y las necesidades de la conservación». La frase relativa a la conservación se adecua admirablemente bien a todas las obligaciones que se refieren al medio ambiente. Sin embargo, conviene recordar que no todas las obligaciones previstas en el presente proyecto de artículos se refieren al medio ambiente, aunque sí una muy importante proporción de ellas.

137. Para no correr el riesgo de ser mal interpretado, el Relator Especial desea precisar que no considera de modo alguno que los derechos de soberanía territorial sean «derechos preferenciales». No lo son, pero tampoco son derechos absolutos, como lo viene demostrando la existencia misma del derecho internacional, cuya vigencia sería imposible —como lo sería toda convivencia civilizada— si los Estados trataran de llevar a la práctica el concepto absoluto de soberanía. Es aquí, hay que reiterarlo una vez más, donde los derechos de soberanía territorial del Estado de origen entran en colisión con los derechos, de igual jerarquía, que emanan de la soberanía territorial del Estado afectado.

138. Acaso fuera útil, para mejor comprender la naturaleza de la obligación de negociar, emprender una corta digresión para describir lo que parecen ser dos de sus límites visibles. Porque es obvio que esta obligación de negociar los tiene, y que parecen ser la buena fe y la razonabilidad. Ellas son las dos grandes orientadoras en este campo, y como suele suceder con ellas, todos sabemos lo que son pero es muy difícil describir o cuantificar su intervención en la vida práctica.

139. ¿Hay obligación de negociar por parte del Estado A si, de repente, el Estado B interpreta caprichosamente un tratado de límites que los une luego de muchos años de manera tal que una región que ha sido siempre reconocida como del Estado B es súbitamente reclamada como perteneciente al Estado A? El Relator Especial cree que no, porque esta situación no estaría basada en la razonabilidad, ni probablemente tampoco en la buena fe. Y ello es así porque la obligación de negociar consiste no sólo en escuchar a la otra parte, no sólo en «entablar negociaciones, sino también en continuarlas en la mayor medida posible con miras a concluir un acuerdo», como lo dice la opinión consultiva formulada el 15 de octubre de 1931 por la CPJI en el caso del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia*[56]. Y no se puede obligar a nadie a continuar las negociaciones de esa manera si la posición de la otra parte no es razonable ni de buena fe.

140. Una perfecta ilustración de lo anterior está dada por el fallo de la CIJ en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*[57]. Se recordará que hubo dos series de negociaciones realizadas entre las partes en el litigio: las primeras entre 1965 y 1966, y las segundas con posterioridad a la directiva dada en ese sentido por la sentencia.

---

[53] Reino Unido c. Islandia y República Federal de Alemania c. Islandia, fallos de 25 de julio de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 3 y 175.

[54] *Ibid.*, pág. 31, párr. 73, y pág. 200, párr. 63.

[55] *Ibid.*, pág. 32, párr. 75, y pág. 201, párr. 67.

[56] *C.P.J.I., serie A/B*, N.° 42, pág. 108; véase también pág. 116.

[57] La que, de paso, sigue en este aspecto las aguas de la opinión consultiva que se acaba de citar, al decir que las partes

> «tienen la obligación de actuar de modo tal que las negociaciones resulten significativas, lo que no sucede cuando cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin examinar la posibilidad de ninguna modificación.» (*C.I.J. Recueil 1969*, pág. 47, párr. 85, *a*.)

141. Las primeras, en el sentir de la Corte, no fueron verdaderas negociaciones, ya que Dinamarca y los Países Bajos actuaron «convencidos de que el principio de la equidistancia era el único aplicable, como consecuencia de una norma de carácter obligatorio para la República Federal»[58]. No veían esos países, seguramente, motivo alguno para apartarse de la norma de la equidistancia. Por tanto, es dable pensar que entraron en las conversaciones con la República Federal de Alemania sin comprometerse íntimamente en verdaderas negociaciones, por su creencia de que el contenido de la reclamación era irrazonable por no estar de acuerdo con la ley.

142. Las segundas, en cambio, fueron verdaderas negociaciones. Aclarado el punto de derecho por la Corte, que estableció que la equidistancia no era en el derecho internacional el único método para fijar fronteras como las que estaban en juego allí, las partes negociaron verdaderamente hasta la solución.

143. El Relator Especial no cree que tenga importancia a los fines de su análisis el hecho de que la Corte haya dado ciertos elementos para guiar la negociación, como esa remisión a los principios de equidad, o lo relativo a la unidad del yacimiento. Eso es parte de la individualidad del caso; lo verdaderamente general son el fundamento y los límites de la obligación de negociar.

144. El Relator Especial considera, entonces, que existe en el tema que se examina una obligación de negociar, porque se trata aquí de la oposición de diversos intereses, que es necesario armonizar en la medida en que sean básicamente razonables, y porque el artículo 16 tiene en cuenta en el párrafo 2 los dos importantes parámetros que se han citado: la razonabilidad y la buena fe.

145 El desacuerdo puede versar sobre dos diferentes aspectos: sobre la naturaleza de la actividad o de sus efectos y sobre las medidas que conformarán su régimen jurídico.

146. En el primer caso, se trata de una discrepancia sobre hechos cuya mejor manera de solución sería mediante la constitución de un organismo de expertos que los determinara. La otra posibilidad que se ofrece (variante A) es que sea la negociación entre las partes la que los determine, sin intervención de expertos, ya que la experiencia indica que los Estados son notoriamente renuentes a aceptar las intervenciones de terceros en sus controversias. Acaso se haría más fácil la aceptación de un mecanismo de establecimiento de hechos —cuyo nombramiento y demás se considerarían en un eventual anexo— si la opinión de tal organismo no fuera obligatoria para las partes. Tal es la solución que propone el anterior Relator Especial en su plan esquemático[59] (párr. 6 de la secc. 2). En dicho plan, la obligación de negociar sólo surgiría: *a*) si no se puede, en un plazo razonable, llegar a un acuerdo sobre la creación y el mandato del mecanismo de determinación de los hechos; *b*) si uno de los Estados interesados no considerara satisfactorias las conclusiones o estima que hubieran debido tomarse en consideración otras cuestiones; y *c*) si el informe del mecanismo de determinación de los hechos incluye una recomendación en tal sentido.

147. En realidad, la solución del plan esquemático es racional: primero es necesario que las partes tengan una misma opinión sobre la naturaleza y efectos de la actividad para poder acordar las medidas de prevención necesarias y el régimen jurídico que pueda resultar más aplicable. Por otra parte, aunque es más fácil comenzar una instancia de consultas que ponerse en la tarea de nombrar un cuerpo de expertos y esperar a que éstos se pongan de acuerdo, hay que considerar que, por un lado, el Estado presumiblemente de origen puede iniciar la actividad sin esperar el resultado de aquellas deliberaciones y que, por el otro, el régimen temporario de responsabilidad que establecen los artículos permite al Estado presuntamente afectado cierta tranquilidad sobre que los daños serán eventualmente compensados. No habría, en principio, una prisa angustiosa.

E.—Artículo 17 (Falta de respuesta a la notificación del artículo 12)

148. El artículo 17 hace que el silencio del Estado notificado opere en su contra, pues éste tendría el deber de pronunciarse de acuerdo con la obligación de negociar, de forma tal que si en seis meses de advertido el presunto Estado de origen no da respuesta alguna, se entenderá que acepta la naturaleza que el otro Estado le ha asignado a la actividad en cuestión y por ende será sometida al régimen de los presentes artículos, como si fuera una del artículo 1.

[58] *Ibid.*, pág. 48, párr. 87.

[59] Véase nota 31 *supra*.