

2528.ª SESIÓN

Martes 12 de mayo de 1998, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

**Homenaje a la memoria de Endre Ustor,
antiguo miembro de la Comisión**

1. El PRESIDENTE dice que tiene el triste deber de informar a la Comisión del fallecimiento de Endre Ustor, de Hungría, ocurrido el 25 de abril de 1998. Ustor fue un distinguido miembro de la Comisión desde 1967 a 1976 y desempeñó la función de Relator Especial para la cláusula de la nación más favorecida. El Presidente no duda de que expresa los sentimientos de todos los miembros de la Comisión al transmitir a la familia de Endre Ustor su profunda condolencia.

A invitación del Presidente, los miembros de la Comisión guardan un minuto de silencio.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (continuación) (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1¹, A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

**PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)**

2. El PRESIDENTE da la bienvenida al grupo de jóvenes y brillantes juristas que participan en el Seminario de derecho internacional e invita al Relator Especial a presentar la segunda parte de su primer informe sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas (A/CN.4/487 y Add.1).

3. El Sr. LEE (Secretario de la Comisión), respondiendo a una observación del Sr. HAFNER, pide disculpas por la publicación tardía de la segunda parte del informe.

4. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que, dadas la actualidad y la complejidad del tema, en la segunda parte de su primer informe ha tratado de presentar ideas que permitan a la Comisión centrar sus trabajos en el contenido del concepto de prevención. En el informe también se identifican los principios de forma y de fondo que interactúan y son esenciales para aclarar ese concepto. Entre los principios de forma se cuentan los de la autorización previa, la evaluación del impacto ambiental, la notificación, la consulta y la negociación; la prevención y solución de controversias; y la no discriminación. Todos ellos constituyen formas de lograr fines específicos. Entre los principios de fondo se pueden incluir el de precaución, el de que «quien contamina paga», de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública. Se ha tratado de identificar las diversas fuentes de cada uno de esos principios y de indicar sus elementos constitutivos. En casi todos los casos los Estados están experimentando con su incorporación en la legislación nacional y han demostrado flexibilidad en su aplicación.

5. El requisito de la autorización previa de una actividad que implica el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible supone que aquella se supedita al cumplimiento de determinadas condiciones para asegurar la correcta evaluación, gestión y contención del riesgo. Este requisito obliga también a los Estados a establecer dispositivos de vigilancia adecuados para garantizar que las actividades peligrosas se realicen dentro de las limitaciones y según las condiciones prescritas. Ello fue apoyado por el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional creado por la Comisión en su 48.º período de sesiones, en el artículo 9 del proyecto de artículos², según el cual la autorización previa también sería necesaria en caso de que se prevea un «cambio importante» que pueda transformar la actividad en creadora de un riesgo sensible de daño transfronterizo. La expresión «cambio importante» ha quedado sin definición pero se aportan algunos ejemplos en el párrafo 118 de su informe.

6. Los Estados tienden cada vez más a cumplir con su deber de prevenir los daños transfronterizos sensibles por medio de una evaluación del impacto ambiental que determine si una actividad concreta puede causar realmente un daño sensible. En el párrafo 123 figuran varios aspectos de las normas internas sobre la evaluación del impacto ambiental. Tradicionalmente, las normas internas se han ocupado poco de las medidas de aplicación de los resultados de la evaluación del impacto ambiental, pero sin embargo se han previsto sanciones en caso de infracción. En el párrafo 125 se han incluido ejemplos de las infracciones más habituales.

7. Cuando se ha identificado un riesgo sensible de daño transfronterizo nace para el Estado de origen la obligación de avisar a los Estados que puedan resultar afectados y facilitarles toda la información disponible, incluidos los resultados de toda evaluación realizada. Los Estados potencialmente afectados tienen derecho a conocer las investigaciones realizadas y sus resultados; a proponer investigaciones diferentes o complementarias; y a com-

¹ Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

² Véase 2527.ª sesión, nota 16.

probar por sí mismos los resultados de esas investigaciones. Esta evaluación debe preceder a toda decisión de proseguir las actividades de que se trate, y obliga a las partes a realizar una investigación previa del riesgo de las actividades y no una evaluación posterior de sus efectos. En el caso de recursos compartidos, se alienta una acción conjunta de los Estados o la realización de esfuerzos simultáneos para aportar los datos necesarios a fin de concluir la evaluación.

8. Los casos en que se requiere una evaluación del impacto ambiental no siempre pueden determinarse de antemano mediante criterios objetivos: siempre hay elementos subjetivos. Se podría hacer una lista de actividades sujetas a evaluación a partir de criterios como el emplazamiento y la extensión de la actividad, la naturaleza de sus efectos, el grado de riesgo, el interés público y los valores ambientales. Algunos convenios clasifican a determinadas sustancias como peligrosas, por lo que su mera utilización en una actividad indica que ésta puede causar un daño transfronterizo sensible y requiere, por consiguiente, una evaluación del impacto ambiental. El contenido de la evaluación del riesgo puede variar debido a cierto número de factores, algunos de los cuales figuran en los párrafos 131 y 132.

9. En el párrafo 133 figuran varias cuestiones relativas a la obligación de evaluar el riesgo mediante una exposición sobre el impacto ambiental y de notificar el riesgo a los Estados interesados; los plazos de la notificación y de la presentación de la información; el contenido de la notificación; la obligación de facilitar un cauce de participación pública, sobre todo la participación del público del Estado afectado en el procedimiento de evaluación del impacto ambiental del Estado de origen, y el pago de los gastos correspondientes. Las evaluaciones realizadas en un contexto transfronterizo son de distinto tipo y hasta ahora no existe un método uniforme de intercambio de información transfronteriza. Según un observador que ha examinado el sistema del Tratado Antártico y los principios generales del derecho ambiental, en la actualidad la adopción de la evaluación ambiental no podría considerarse más que una tendencia progresiva del derecho internacional.

10. En la sección C del capítulo V se analizan los principios de cooperación, intercambio de información, notificación, consulta y negociaciones de buena fe, que ya han sido estudiados detenidamente por la Comisión, especialmente en el marco de su labor sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

11. La mayor importancia asignada al principio de la cooperación es digna de destacar puesto que hace hincapié en un vínculo más positivo e incluso más integrado entre los Estados a fin de alcanzar objetivos comunes, a la vez que se les asignan obligaciones positivas de acción. La cooperación puede referirse tanto a la elaboración de normas y el fomento de instituciones como a las actividades emprendidas teniendo en cuenta razonablemente los intereses de otros Estados y el logro de objetivos comunes. En cuanto al procedimiento, la cooperación entraña el deber de notificar a los Estados que puedan verse afectados y entablar consultas con ellos. En los párrafos 141 a 145 se mencionan otros elementos del deber de coope-

ración. En el párrafo 146 se señala, sin embargo, que en el plano normativo es difícil afirmar que exista en general una obligación de cooperar en el derecho internacional consuetudinario.

12. El objetivo de las consultas es conciliar los intereses contrapuestos y llegar a soluciones mutuamente beneficiosas o satisfactorias, aspecto que se destacó en el asunto *Lac Lanoux*³ y en el asunto relativo a la *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*⁴. Sin embargo es un principio firmemente establecido que la obligación de negociar no entraña la obligación de concertar un acuerdo. En los párrafos 150 y 151 se precisa que la obligación de celebrar consultas y negociaciones de buena fe no significa que se deba contar con el consentimiento previo o el derecho de veto del Estado con quien se celebrarán las consultas.

13. El principio de prevención y solución de controversias también se ha sugerido como uno de los componentes de la prevención, recalcando la necesidad de prever y prevenir los problemas ambientales. A diferencia de otros actos ilícitos, en la medida de lo posible los daños ambientales deben evitarse desde el principio. Además de las comisiones de determinación de los hechos, la prevención de controversias comprende las misiones de buenos oficios, mediación y conciliación, y la diplomacia preventiva recientemente empleada por el Secretario General. Estas técnicas se han mencionado en los párrafos 157 a 164.

14. En el párrafo 166 se mencionan varias recomendaciones hechas por un grupo de expertos para mejorar el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones internacionales, entre ellas la de informar sobre una amplia gama de actividades.

15. El principio de no discriminación o derecho a la igualdad de acceso, reconocido por la OCDE⁵ y que permite recurrir a los mismos procedimientos administrativos o legales disponibles en el país donde se origina la contaminación, permite que las personas afectadas por la contaminación transfronteriza puedan aprovechar estos procedimientos y defender sus intereses, tanto en la etapa preventiva anterior a la contaminación como en la etapa curativa posterior a ésta, cualquiera que sea su lugar de residencia o su nacionalidad. El principio fue concebido principalmente para resolver los problemas ambientales que surgen entre Estados vecinos y no los derivados de la contaminación a larga distancia. Para el buen funcionamiento del principio tendría que haber cierta similitud entre los ordenamientos jurídicos de los Estados vecinos y entre sus políticas de protección de los derechos de las personas, la propiedad y el medio ambiente. Cuando existen diferencias drásticas entre las medidas de corrección sustantivas previstas en diferentes Estados surgen problemas relativos a la aplicación. Cabe mencionar las diferencias entre las leyes relativas al medio ambiente de los

³ Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (número de venta: 63.V.3), págs. 281 y ss.

⁴ Fallo n.º 16, 1929, *C.P.J.I., série A, n.º 23*.

⁵ Véase la recomendación C(77)28(Final) del Consejo de la OCDE sobre la aplicación de un régimen de igualdad de acceso y de no discriminación en materia de contaminación transfronteriza, aprobada el 17 de mayo de 1977 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 171).

Estados Unidos de América y México, o entre las de algunos Estados de Europa occidental y de Europa oriental. Uno de los problemas que se han presentado entre los países miembros de la OCDE se debe a que en algunos de ellos los tribunales administrativos no tienen jurisdicción para entender de casos relacionados con los efectos extra-territoriales de decisiones administrativas. Un segundo problema que se registra es el resultante de conferir competencia exclusiva a los tribunales del lugar en que se produce el daño.

16. En la aplicación del principio de no discriminación se puede hacer una distinción entre las víctimas potenciales y las víctimas reales. La primera situación corresponde a la categoría de prevención: las víctimas potenciales están protegidas, en primer lugar, por su propio Estado, el Estado afectado, respecto del cual el Estado de origen tiene obligaciones de notificación, consulta y negociación. Con el requisito de evaluar el impacto ambiental, la participación pública podría ampliarse a las víctimas potenciales extranjeras.

17. El principio de no discriminación fue incorporado en el artículo 29 (Competencia de los tribunales nacionales) del proyecto de artículos propuesto por el anterior Relator Especial, Sr. Julio Barboza, en su sexto informe⁶. En el 48.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo incluyó un artículo sobre no discriminación, el artículo 20, en el capítulo III, relativo a la indemnización u otra forma de reparación.

18. Con respecto a los principios de fondo, el principio de precaución (párrs. 174 a 185) establece que la falta de certidumbre científica sobre las causas y los efectos del daño ambiental no deberá aducirse como razón para aplazar la adopción de medidas de prevención. El criterio tradicional obliga a la parte que desea adoptar una medida a demostrar la necesidad de dicha medida, basándose en la existencia de pruebas científicas suficientes, que pueden ser difíciles de obtener. Por el contrario, con el criterio más moderno se instaría a los Estados a adoptar medidas para prevenir, atenuar o eliminar los daños graves e inminentes.

19. La Declaración Ministerial de Bergen de 1990 sobre el desarrollo sostenible en la región de la CEPE⁷ fue el primer instrumento internacional que consideró que este principio era de aplicación general, y lo vinculó al desarrollo sostenible. El Consejo de Administración del PNUMA recomendó este principio en relación con la contaminación de los mares, y la Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos (Convención de Bamako) lo adoptó con objeto de prevenir la contaminación mediante la aplicación de métodos de producción no contaminantes. La Convención de Bamako también rebajó el umbral en que la prueba científica puede imponer la adopción de medidas, al no calificar el daño de «grave» o «irreversible». El Convenio sobre la Diversidad Biológica sólo menciona el principio en su preámbulo y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático determinó los límites de su aplicación

al requerir una amenaza de «daño grave o irreversible» y al mencionar medidas que fuesen eficaces en función de los costos. Vale decir que los diversos instrumentos internacionales no tienen un contenido ni una comprensión uniformes del principio de precaución. Según un comentarista su situación jurídica es un principio en evolución y las consecuencias de su aplicación estarían influidas por las circunstancias de cada caso.

20. El principio de «quien contamina paga» fue enunciado por primera vez por el Consejo de la OCDE⁸ como un principio económico y como la forma más eficaz de asignar los costos de las medidas de prevención y lucha contra la contaminación; su aplicación requeriría la adopción de medidas tanto preventivas como correctivas. El principio fue adoptado como principio 16 de la Declaración de Río⁹, y se refería a la vez a los costos de la contaminación y del medio ambiente; en el párrafo 192 del informe se mencionan otros costos que también deben considerarse.

21. El principio no ha sido fácil de llevar a la práctica porque los Estados han encontrado diversos medios de justificar sus planes de subvención, interpretando el principio según su propia conveniencia. En el párrafo 194 se menciona el mecanismo de solución de diferencias que tiene la OCDE, pero no se ha señalado ningún caso de subvenciones excesivas a la atención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni de la OCDE. La aplicación del principio en un contexto transfronterizo también podría dar lugar a problemas. La experiencia de los países de la OCDE demuestra que los Estados pagan muy pocas veces los daños transfronterizos porque corresponde al contaminador indemnizar a las víctimas. Con algunas excepciones, los Estados suelen aplicar medidas de control sin pedir ningún apoyo financiero a los otros países. El principio se ha incluido en numerosos acuerdos internacionales como principio rector, u obligatorio, pero incluso en este último caso no se ha explicado su significado. Los comentaristas lo han caracterizado de diversas maneras: como principio de orientación para la economía y no principio jurídico, como carente del amplio apoyo que ha obtenido el principio de la acción preventiva, o como difícil de plasmar en un principio de responsabilidad entre los Estados.

22. Los principios de equidad, creación de capacidad y buena gestión pública se analizan en la sección C del capítulo VI del informe. La prioridad que debía atribuirse a los intereses y limitaciones de los países en desarrollo fue específicamente examinada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el contexto del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. De no ocurrir un milagro, los gobiernos de los países en desarrollo continuarán dando prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas de su población, cada vez más numerosa y más pobre. Además, los medios de producción y la tecnología de que disponen los países en desarrollo seguirán siendo perjudiciales para el medio ambiente. Lo primero que debe tenerse en cuenta

⁶ Véase 2527.ª sesión, nota 23

⁷ Doc. A/CONF.151/PC.10, anexo I.

⁸ Véase la recomendación C(72)128 sobre los principios rectores relativos a los aspectos económicos de las políticas medioambientales en el ámbito internacional, aprobada el 26 de mayo de 1972 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 27).

⁹ Véase 2527.ª sesión, nota 8.

para fomentar el desarrollo sostenible es la necesidad de reducir el desfase entre los países desarrollados y en desarrollo, y entre los ciudadanos ricos y pobres de un mismo país. Este último punto tiene que ver principalmente con el buen gobierno, mientras que el primero es sobre todo una cuestión de equidad, en particular de equidad intrageneracional.

23. Con respecto a la equidad intrageneracional lo más importante es evitar que sean los pobres los que carguen con las consecuencias ambientales del desarrollo económico. Según un observador, cada vez se da mayor importancia a los efectos de interrelación entre el desarrollo económico, los derechos humanos y la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos en un desarrollo sostenido de los países en desarrollo. También se comprende mejor el deber de ayudar a estos países a cumplir sus obligaciones internacionales y a conseguir un mayor reconocimiento de los derechos humanos.

24. El principio de la equidad intergeneracional se originó recientemente en el Grupo de Expertos en Derecho Ambiental de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁰, y también fue consagrado en el principio 3 de la Declaración de Río. En el párrafo 210 del informe se mencionan las formas de precisar el contenido del principio. La estrategia de prevenir la contaminación pone de manifiesto una voluntad cada vez mayor de vincular el presente con el futuro al elaborar las normas jurídicas.

25. Con miras al cumplimiento de las obligaciones ambientales internacionales es necesario que el Estado tenga capacidad para elaborar normas adecuadas e introducir tecnologías más compatibles con el medio ambiente, y que cuente con los recursos necesarios para gestionar y vigilar las actividades de que se trata. Se recomienda un espíritu de solidaridad mundial que entrañe el apoyo financiero, la transferencia de tecnología adecuada y la asistencia técnica y de capacitación necesarios para que los países en desarrollo y de economías en transición puedan cumplir sus obligaciones ambientales. Esta cuestión se analiza en los párrafos 213 y 214 del informe.

26. Varios de los requisitos para mejorar la capacidad de los Estados de cumplir sus obligaciones de prevención pueden resumirse en la necesidad de practicar una buena gestión pública, lo que significa que un Estado deberá adoptar las medidas necesarias para aplicarlo, como se indica en el comentario al artículo 7 del proyecto de artículos incluido en el informe del Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. En los párrafos 218 a 220 se tratan los criterios legislativos de que disponen los Estados, mientras que en los párrafos 221 a 223 se analiza la necesidad de alentar la participación del público. Los párrafos 224 a 233 contienen algunas conclusiones sobre la totalidad del tema que hacen necesarios un examen más profundo y nuevas directrices de la Comisión.

27. El Sr. LUKASHUK dice que se hace eco de las felicitaciones dirigidas por el Sr. Rosenstock al Relator Especial por su excelente primer informe. Es un tema de

excepcional importancia y la aprobación del proyecto de artículos significará un paso adelante hacia la solución de una cuestión crucial de los tiempos modernos que afecta a la supervivencia misma de la humanidad.

28. La obligación de prevenir el daño transfronterizo no se puede considerar todavía norma de derecho internacional positivo. La labor de la Comisión sobre el tema de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas parecería enmarcarse en el desarrollo progresivo más que en la codificación del derecho internacional.

29. El informe refleja varios aspectos novedosos del derecho internacional contemporáneo, descollando la cuestión de la protección ambiental. A este respecto, el orador se refiere a la afirmación contenida en el párrafo 15 del informe, en el sentido de que el cumplimiento de la obligación de la diligencia debida debería ser directamente proporcional a la capacidad científica, técnica y económica de los Estados, y observa que la idea implícita refleja el concepto del desarrollo sostenido, que es el fundamento del derecho moderno en materia ambiental. Otro aspecto novedoso es el concepto de la prevención misma, que nace del ritmo acelerado del desarrollo histórico actual. Al igual que el concepto de la diplomacia preventiva, el de la prevención del daño ambiental merece ser adoptado por las Naciones Unidas.

30. El cambio del criterio de la responsabilidad al criterio de la prevención probablemente provoque algunos problemas difíciles en lo que se refiere al control del cumplimiento de las obligaciones correspondientes de los Estados. Indudablemente estos problemas recibirán la debida atención en una etapa futura de codificación. Un aspecto del derecho ambiental que plantea dudas es la idea de los derechos negociables de emisión; el hecho de que un Estado no haya utilizado totalmente su cupo de emisiones no facultaría a otro Estado para exceder su propio cupo.

31. El informe ha confirmado la necesidad de que la Comisión inicie un análisis profundo del daño causado a los espacios públicos internacionales que, como se afirma en el párrafo 111 del informe, queda excluido del ámbito de aplicación del presente estudio. Y para concluir, el orador acoge con agrado la intención del Relator Especial de completar su labor en los próximos dos años, y le desea éxito en el empeño.

32. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) responde al punto planteado en relación con los derechos negociables de emisión mencionados en el párrafo 192 de su informe, donde dichos derechos se mencionan en relación con los costos de los recargos por contaminación u otros instrumentos económicos equivalentes. Dado el corto tiempo de que disponía, aun teniendo presentes los conceptos más amplios, consideró conveniente centrarse en lo posible en el contexto transfronterizo, restando importancia a las cuestiones que se relacionan principalmente con los espacios públicos internacionales. Naturalmente, está a disposición de la Comisión si ésta deseara estudiar la aplicación de uno o más de estos conceptos al daño transfronterizo.

33. El Sr. MIKULKA, después de felicitar al Relator Especial por un brillante primer informe y una clara intro-

¹⁰ Véase *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1987.

ducción, dice que desea plantear una cuestión preliminar. Fue muy satisfactorio oír en la presentación de la primera parte del informe que las conclusiones recomendadas coincidían con las del Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones. Sin embargo, hoy el orador se ha sorprendido del énfasis que ha puesto el Relator Especial en la faceta de la protección ambiental. El Grupo de Trabajo propuso que el proyecto de artículos se limitara a las actividades que implicaran el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible mediante sus consecuencias físicas en general, no solo en el contexto del medio ambiente. El orador desearía se le aclarara la relación entre el tema que la Comisión tiene en estudio y la cuestión de la protección ambiental como tal.

34. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que agradece al Sr. Mikulka que haya planteado este punto. Al tratar del ámbito de aplicación de los artículos en la primera parte del informe, se concentró en el contexto transfronterizo y evitó referirse al medio ambiente como tal. En la segunda parte, que trata del contenido del principio de prevención, ha tratado de aportar diversas ideas de actualidad que, en su opinión, ayudarían a los miembros a definir los parámetros amplios del principio de prevención. El tema que la Comisión ha de considerar sigue siendo el del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas; no incluye cuestiones como la creciente contaminación ni los espacios públicos internacionales.

35. El Sr. HAFNER se refiere a la observación del Sr. Lukashuk sobre los derechos negociables de emisión y coincide con el Relator Especial en que la cuestión escapa al tema según fue definido por la Comisión en su 49.º período de sesiones.

36. El Sr. FERRARI BRAVO recuerda que en el 49.º período de sesiones puso en duda la posibilidad de excluir las consideraciones ambientales del estudio sobre la prevención del daño transfronterizo causado por actividades peligrosas. El problema es muy serio, especialmente en el caso de los países pequeños, donde ninguna parte de su territorio está lo suficientemente lejos de la frontera para excluir la posibilidad de daño transfronterizo; la cuestión puede ser menos grave para los países insulares o aquellos con un territorio muy vasto. Espera que los artículos que redacte el Relator Especial abarquen estas cuestiones, y reitera su opinión de que podría resultar imprudente excluir del tema la cuestión de los espacios públicos internacionales.

37. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) está de acuerdo en que el punto que se acaba de plantear es importante. Como se afirma en las conclusiones de la primera parte del informe (párrs. 111 a 113), el daño causado a los espacios públicos internacionales *per se* queda excluido del ámbito de aplicación del proyecto; pero en su opinión este daño es equivalente al daño causado a la alta mar, que altera su aprovechamiento por otros Estados. Al no darse una cadena de causa y efecto es difícil ver cómo se podría considerar en el presente marco el daño causado a los espacios públicos internacionales. Sin duda habría otras formas de tratar esta cuestión, pero espera que la Comisión lo oriente al respecto.

38. El Sr. PELLET dice que aprecia el punto planteado por el Sr. Ferrari Bravo de que la Comisión no puede dejar

de tener en cuenta el daño causado al medio ambiente; pero también está de acuerdo con el Sr. Mikulka y piensa que no habría que dar demasiada importancia a esta faceta ambiental. Con respecto, por ejemplo, al párrafo 153 del informe, observa que la palabra «ambientales» aparece tres veces, lo que se podría haber evitado. Por ejemplo, en el caso de una represa que cause un daño transfronterizo sensible, también habría un daño económico y financiero. No sería exclusivamente ambiental, ya que éste es sólo uno de los elementos del daño transfronterizo causado por las actividades peligrosas. Sería conveniente recordar esto en los debates de la Comisión, en la redacción de los artículos y, si puede atreverse a pedirlo, en las presentaciones del Relator Especial, que son demasiado ambientalistas y están demasiado influidas por la moda.

39. El Sr. HAFNER, refiriéndose a las observaciones del Sr. Pellet sobre el medio ambiente, dice que el daño transfronterizo puede ser de tres tipos al menos: pérdida de vida y daño para la salud, daño a la propiedad y daño al medio ambiente de otros Estados. Es decir que la Comisión debe ocuparse, inevitablemente, de la cuestión del medio ambiente, aunque éste no sea el objetivo primordial de su actividad. En la doctrina, práctica e incluso costumbre internacionales, la expresión «evaluación de las consecuencias ambientales» va más allá de la definición restringida del medio ambiente para abarcar cuestiones como la prevención de la pérdida de vida. El orador ha tomado en este sentido más amplio las referencias contenidas en el primer informe del Relator Especial sobre «el medio ambiente».

40. El Sr. CRAWFORD dice que, en el párrafo 225 de las conclusiones del informe, el Relator Especial afirma que la norma de la diligencia debida podría no ser la misma según el Estado, la región o el momento de que se tratase. Las normas de la diligencia debida son más flexibles que las obligaciones de resultado y es razonable tener en cuenta algunos factores como las instalaciones de que disponga el Estado de que se trate. Pero esto no debe traducirse en un sistema de doble criterio o, más bien, de falta de normas. El respeto de la norma de la diligencia debida no es poco razonable si se tiene en cuenta el daño que podrían causar algunas de estas situaciones, el costo de construir importantes proyectos y la cantidad de estudios científicos que requieren. Por eso espera que, aunque la Comisión acepte que el concepto de la diligencia debida implica cierta flexibilidad, no acepte que implique ninguna forma de exención regional o particularista.

41. En el párrafo 226 el Relator Especial afirma que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica. La Comisión, naturalmente, acordó considerar la cuestión de la prevención separadamente de la de responsabilidad. De todas formas sería raro destacar la importancia de la prevención a fin de separarla de la responsabilidad y afirmar luego, en el contexto de un estudio sobre la prevención, que esta obligación no tiene consecuencias jurídicas. El orador puede aceptar que una mera omisión —quizá la de notificar o facilitar determinada información— no entrañe en sí misma responsabilidad por las consecuencias que puedan derivarse del proyecto relacionado con la omisión. La omisión de notificar o de facilitar información, de todas formas, podría no tener ninguna relación causal especial con el daño realmente ocurrido, o podría ser que éste

hubiera ocurrido de todas formas. Sin embargo es contradictorio afirmar que existe una obligación y afirmar al mismo tiempo que dicha obligación no entraña consecuencias jurídicas. Es posible crear una *lex specialis*. Pero esta *lex specialis*, como mínimo, debe entrañar alguna obligación de hacer cesar la actividad; de otra forma no existe obligación en absoluto. Aunque entienda la preocupación de que las diversas obligaciones procesales que se están elaborando en esta materia no entrañen consecuencias tan drásticas en términos de responsabilidad sustantiva que los Estados las rechacen, la Comisión debe cuidar de no pasar al extremo contrario.

42. El Sr. MIKULKA, refiriéndose a la observación del Sr. Hafner de que sería injustificable excluir del ámbito del estudio de la Comisión el daño causado al medio ambiente, dice que nadie ha propuesto que eso se hiciera. El peligro es que la Comisión se vaya al otro extremo, concentrándose en el daño al medio ambiente con exclusión de los otros tipos de daño.

43. Con respecto a las observaciones del Sr. Ferrari Bravo y del Sr. Crawford, el Relator Especial ha cumplido su mandato, que era elaborar un informe sobre la prevención y no sobre la responsabilidad. El largo proceso de transformación del tema original es conocido por todos. La prevención cae en la esfera de las normas primarias, vale decir que habrá consecuencias cuando los Estados no las respeten. Pero estas consecuencias llevan a la Comisión a la esfera de la responsabilidad del Estado por los actos prohibido en el derecho internacional y la apartan de la esfera de la responsabilidad internacional contemplada inicialmente cuando el Sr. Quentin-Baxter fue nombrado Relator Especial para el tema en el 30.º período de sesiones, en 1978¹¹. Por el contrario, el actual Relator Especial no tiene mandato para ocuparse de este tema.

44. Existe otra posibilidad: que se respeten todas las normas de prevención, que el Estado cumpla con todas sus obligaciones y que, sin embargo, se produzca un daño sensible. En tal caso el Estado habría cumplido todas sus obligaciones conforme al derecho internacional y no podría decirse que la supresión del daño fuese responsabilidad del Estado. Aquí entramos, una vez más, en la esfera de la responsabilidad. Esta cuestión queda pendiente pero, el orador vuelve a recordar, no forma parte del mandato del actual Relator Especial.

45. El Sr. SIMMA recoge las observaciones del Sr. Ferrari Bravo y dice que sería generalizar demasiado afirmar que los Estados extensos están en mejor posición que los pequeños en materia de prevención del daño transfronterizo. Mucho dependerá de las circunstancias particulares de cada caso. Lo que sí podría afirmarse es que tanto en los Estados pequeños como en los extensos existe una tendencia a situar las instalaciones industriales, nucleares y de producción de energía en las zonas fronterizas, por dos razones. En primer lugar, los ríos suelen formar fronteras nacionales y dichas instalaciones requieren grandes cantidades de agua para el enfriamiento y otros fines. En segundo lugar, las zonas cercanas a las fronteras

nacionales suelen ser las regiones más pobres de un país y, por lo tanto, se benefician de programas especiales para fomentar el desarrollo industrial.

46. Con respecto a la cuestión de la distinción entre el daño al medio ambiente, por un lado, y el daño a la vida, la salud y la propiedad, por otro, duda de que sea posible distinguir entre las diversas formas de daño que serían consecuencia de un accidente nuclear en una zona fronteriza. El daño al medio ambiente implicaría, inevitablemente, un daño a la vida, la salud y la propiedad, y no sería correcto dar la impresión de que el daño ambiental es lo que resta una vez descontado el daño a la vida, la salud y la propiedad.

47. Con respecto a la norma de la diligencia debida, como se destacó en el artículo 3 de la resolución sobre la responsabilidad en el derecho internacional de los daños causados al medio ambiente adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de 1997, que tuvo lugar en Estrasburgo, este concepto debe medirse por normas objetivas sobre la conducta esperada de un buen gobierno. Es un concepto mediante el cual las nociones subjetivas de responsabilidad, como la negligencia, se objetivan. Afirmar, como lo hace el Relator Especial en el párrafo 225, que la norma de la diligencia debida podría no ser la misma según el Estado, la región o el momento de que se tratase, es privar al concepto de un 99 % de su valor como forma de evaluar si se ha cumplido con una obligación de prevención.

48. Y por último, con respecto a las obligaciones, si —como fue su primera impresión— el Relator Especial afirma realmente que el incumplimiento de la obligación de prevención no tendría consecuencias jurídicas, está estableciendo un nuevo tipo de norma flexible al separar toda una rama del derecho internacional del sistema de sanciones y de responsabilidad que, de otra forma, se le aplicaría. El Sr. Crawford ha señalado correctamente a la atención de la Comisión la posibilidad de que tales regímenes puedan crear su propio mecanismo de ejecución y sus propias consecuencias jurídicas en el caso de un quebrantamiento. Pero, de ser así, la Comisión deberá prestar atención a cuáles serían las consecuencias jurídicas específicas que entrañaría el incumplimiento de esas obligaciones de prevención.

49. El Sr. PELLETT se alegra de ver que el Sr. Simma ha adoptado un enfoque unitario del derecho internacional en vez de tratar de compartimentarlo por temas.

50. En cuanto a las observaciones del Sr. Crawford con respecto al párrafo 226, comparte lo fundamental de las observaciones del Sr. Mikulka, pero desearía agregar algo. Las normas relativas a la prevención son efectivamente normas primarias cuya violación da origen a la responsabilidad. Al igual que el Sr. Crawford, pero por razones algo diferentes, no podría aceptar de ninguna manera la afirmación del Relator Especial de que el incumplimiento de la obligación de prevención no entrañaría consecuencias jurídicas. La infracción de cualquier norma jurídica produce necesariamente una consecuencia jurídica, conocida como responsabilidad. Una vez que se ha establecido la responsabilidad, se plantea la cuestión de determinar cuáles son las consecuencias que dimanar de esta situación de responsabilidad resultante de la infrac-

¹¹ En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo al que encargó el examen, con carácter preliminar, del alcance y la naturaleza del tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

ción. Podrá haber o no consecuencias, según se haya causado o no un daño.

51. Por lo tanto, como la infracción de las normas relativas a las obligaciones de prevención siempre tiene una consecuencia jurídica, es decir, la responsabilidad del Estado que ha infringido la norma —que incluye, entre otras cosas, el requisito de notificar—, el orador no comprende qué quiere decir el Sr. Crawford al alegar que la falta de notificación no tiene consecuencias jurídicas: la consecuencia es la responsabilidad del Estado. Si posteriormente resultara que la infracción ha causado un daño, el Estado deberá resarcirlo. Probablemente la relación causal entre la falta de notificación y el daño sea difícil de probar. Pero es erróneo afirmar, como hace el Relator Especial en el párrafo 226, que el incumplimiento de las obligaciones de prevención no entrañaría ninguna consecuencia jurídica. Se confunde el resarcimiento con las consecuencias jurídicas del quebrantamiento de una norma jurídica.

52. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) aprecia las importantes observaciones realizadas en la última parte del debate. Pero desea rectificar un malentendido. La conclusión contenida en el párrafo 225 no representa su propia opinión como Relator Especial sino la conclusión alcanzada por la misma Comisión con el paso de los años. Los anteriores relatores especiales sobre este tema postularon que las obligaciones de conducta no tienen consecuencias jurídicas salvo que exista realmente un daño, y que sólo entonces entrarían en juego las consecuencias del incumplimiento de la obligación de diligencia debida. El plan esquemático¹² menciona este aspecto particular de la cuestión en el párrafo 4 de la sección 5.

53. En los párrafos siguientes el Relator Especial abordó la difícil cuestión de las consecuencias. Aunque se le diera oportunidad en el 51.º período de sesiones, no está convencido de la conveniencia de iniciar un estudio completo de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de una obligación cuyo contenido no está claramente determinado. El deber de prevención conduce a una variedad de pasos procesales. Por ejemplo, se supone que un Estado debe contar con una legislación nacional que prescriba la autorización previa, los procedimientos de evaluación del impacto ambiental, etc. Pero hay pocos Estados que hayan promulgado una legislación completa a este respecto, y la existente todavía no está bien determinada ni es uniforme. En tal caso, ¿qué consecuencias se pueden inferir del incumplimiento? Ese es el problema que le preocupa.

54. De todas formas está de acuerdo en que, si la Comisión estableciera una obligación jurídica, su incumplimiento debería tener consecuencias jurídicas. Esas consecuencias podrían variar. Como ha señalado el Sr. Crawford, no podría haber exenciones, pero tampoco se podría prescribir el mismo tipo de normas que se prescribirían para las infracciones sustantivas, especialmente cuando las infracciones procesales no hubieran provocado todavía una situación de litigio entre dos demandantes. Desearía contar con la orientación de la Comisión en esta tarea tan delicada y espera que en el próximo período

de sesiones pueda hacer nuevas aportaciones en materia de consecuencias, siempre que ello no distraiga a la Comisión de la finalización de su labor. Los diversos proyectos de artículos que la Comisión ha estudiado ya incorporan muchas de las ideas que ha mencionado, pero ninguno de los proyectos preparados por los diversos grupos de trabajo contiene un artículo sobre las consecuencias del incumplimiento de una obligación de prevención. Por lo tanto, habría que formular un nuevo artículo. La cuestión es saber si la Comisión debería estudiar el incumplimiento desde el concepto más amplio de la responsabilidad estatal o en el contexto de un tema especial de responsabilidad. La elección podría quedar para más adelante.

55. Antes de recapitular desea hacer dos aclaraciones. En primer lugar el párrafo 225 no es un comentario propio, sino su informe sobre la situación planteada en el curso de la labor de la Comisión hasta el momento. Como se señala en el párrafo 228, la Comisión, habiendo separado el régimen de prevención y de responsabilidad, no tiene ya excusas para no examinar la cuestión de las consecuencias. Si la Comisión decidiera que no desea considerar la responsabilidad como una ampliación del presente tema en ningún momento, se verá obligada a estudiar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de prevención. Pero si el presente tema fuese a relacionarse posteriormente, de alguna forma, con la responsabilidad, se presentaría la oportunidad de tratar las consecuencias en ese contexto.

56. En segundo lugar, en los párrafos 224 a 227 de las conclusiones se trata de describir lo hecho hasta el momento, y en los párrafos 228 y siguientes se trata de informar sobre lo que hay que hacer ahora. En los párrafos 229 y 230 señaló claramente que el incumplimiento de la obligación de prevención podría tener consecuencias tanto para los Estados como para quienes realicen las actividades peligrosas. Se podría profundizar en esas ideas.

57. No está afirmando en absoluto que la obligación de prevención, una vez establecida correctamente, no tenga consecuencias jurídicas y deba quedar a la buena voluntad de las partes interesadas. Pero acogería con agrado la ayuda de los miembros en la tarea de determinar cuáles son esas consecuencias, tarea que espera poder realizar él mismo.

58. El Sr. ROSENSTOCK dice que la Comisión debe tener cuidado en distinguir los conceptos de *responsibility* y *liability*. Aparentemente, en los otros idiomas de trabajo esta distinción es un tanto artificial, pero es una distinción importante y no está convencido de que haya quedado bien reflejada en los párrafos que se están debatiendo. Ante el incumplimiento de una obligación de prevención podría ser difícil medir el daño, pero —salvo que la Comisión anulara su obra en materia de responsabilidad de los Estados— no hay duda de que habrá consecuencias. En esta etapa de la labor de la Comisión no es necesario ocuparse de la cuestión, mucho más difícil, de mirar qué sucederá cuando se hayan tomado todas las medidas posibles y, de todas formas, se produzca un daño. Pero la Comisión debería tenerlo presente como una cuestión independiente.

¹² Anuario... 1982, vol. II (primera parte), pág. 76, doc. A/CN.4/360.

59. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que desea dar las gracias especialmente al Sr. Mikulka, cuyas observaciones han permitido a la Comisión restringir el ámbito de su propuesto estudio sobre la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2529.ª SESIÓN

Miércoles 13 de mayo de 1998, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. João BAENA SOARES

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Khasawneh, Sr. Brownlic, Sr. Candioti, Sr. Crawford, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Elaraby, Sr. Ferrari Bravo, Sr. Galicki, Sr. Hafner, Sr. He, Sr. Kabatsi, Sr. Lukashuk, Sr. Melescanu, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sr. Thiam, Sr. Yamada.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) (continuación) (A/CN.4/483, secc. D, A/CN.4/487 y Add.1¹, A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Tema 3 del programa]

PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. Según el Sr. HAFNER si, como dijo el filósofo Albert Camus, el siglo XX es el siglo del temor, y el riesgo de perjudicar involuntariamente puede provocar ese temor, es evidente la pertinencia de la cuestión de la prevención de los daños transfronterizos. Ya se ha hablado de su aspecto político —puesto que la obligación de prevención impuesta al Estado puede ser más difícil de respetar para los pequeños países y puede entorpecer el desarrollo—, pero el tema presenta también aspectos concretos, y el Sr. Hafner desea mencionar algunos de ellos.

2. Para estudiar este nuevo tema la Comisión dispone de los numerosos documentos que ya ha preparado, especialmente el proyecto de artículos presentado por el Grupo de

Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido en su 48.º período de sesiones², y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, algunas de cuyas disposiciones tratan de la prevención. Por lo tanto la Comisión podrá preguntarse en qué medida estos instrumentos coinciden o difieren entre sí, sobre todo porque la Convención ya ha sido adoptada en el plano internacional³; y podría resultarle útil comparar los proyectos de los artículos 4, 10, 11 y 12 propuestos por el Grupo de Trabajo con los artículos 7, 21 y 28 de la Convención, pero sin olvidar que existen muchos otros tratados e instrumentos universales que tratan de uno u otro aspecto del presente tema.

3. Sobre el fondo de la cuestión, es indudable que el derecho internacional actual asigna a los Estados la obligación de velar por que las actividades emprendidas en su jurisdicción respeten el medio ambiente de los demás Estados y los espacios públicos internacionales, como declaró la CIJ en su opinión consultiva en el asunto *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Esta obligación es el fundamento de la obligación de prevención que se ha de analizar. Una de las primeras consecuencias de esta forma de ver las cosas es que habrá que entender por medio ambiente no sólo el medio ambiente propiamente dicho en el sentido restringido del término sino también las personas y los bienes que están bajo la jurisdicción de otros Estados. No parece plausible fundar en un principio diferente la obligación de no causar daño a los bienes o las personas que se encuentran en otro país. También habrá que examinar, naturalmente, por separado la cuestión de la definición de territorio, control y jurisdicción.

4. Partiendo de esta base está claro que se está tratando de normas primarias de derecho cuya violación acarrea ciertas consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad. Pero no hay ninguna razón para aventurarse en el tema de la responsabilidad internacional (*liability*), sobre todo tal como se ha hecho hasta ahora. De ser necesario habría que analizar el sentido de la responsabilidad civil, que corresponde a la práctica efectiva. La responsabilidad de los Estados, en el sentido estricto del término, es un camino sin salida y la práctica convencional internacional sólo ofrece un ejemplo. La preeminencia del concepto de responsabilidad del Estado aparece claramente en el párrafo 1 del artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En el párrafo 2 de ese mismo artículo se prevé que sólo cuando a pesar de ello se causen daños sensibles, el Estado deberá dar reparación aunque haya respetado absolutamente sus obligaciones. Cuando el Estado no ha respetado esas obligaciones deberá asumir la responsabilidad, en el sentido ordinario del término.

5. Se podrá debatir si es preferible insistir en la reglamentación de las medidas de prevención o en las conse-

¹ Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

² Véase 2527.ª sesión, nota 17.

³ Véase la resolución 51/229 de la Asamblea General.