

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.1<sup>1</sup>, 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 sesiones<sup>2</sup>, 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 internacional<sup>3</sup>; 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-

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte).

<sup>2</sup> Véase 2527.ª sesión, nota 17.

<sup>3</sup> Véase la resolución 51/229 de la Asamblea General.

cuencias del daño. Esta doble opción corresponde a la dualidad de los sistemas legislativos nacionales que insisten unos en la obligación de reparar, otros en la reglamentación. En el plano internacional el enfoque reglamentario estaría mejor adaptado a las particularidades del derecho internacional, que es una esfera en la que no existe, por el momento, ninguna institución judicial con competencia universal para pronunciarse en los asuntos o donde las desigualdades de poder y de tamaño entre los Estados no carecen de importancia para el respeto del derecho. La aplicación de normas de prevención claras facilitaría la determinación de la responsabilidad cuando se produce un daño. Por lo tanto, la Comisión deberá tratar de elaborar normas concretas que sean aplicables a las medidas de prevención que los Estados deberán respetar, y no puede imaginarse que un principio vago responderá a las necesidades del mundo contemporáneo.

6. El Sr. Mikulka se planteó (2528.ª sesión) la necesidad de distinguir entre la obligación general de protección del medio ambiente y la obligación particular de prevenir los daños transfronterizos. Es una distinción interesante en el plano de lo que se suele llamar la «responsabilidad diferenciada». Por ejemplo, el artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hace una distinción neta entre la obligación de tomar medidas para reducir la contaminación del medio marino y la obligación de tomar medidas para evitar que las actividades causen perjuicio a otros Estados y a su medio ambiente. En los principios 2 y 7 de la Declaración de Río se encuentra una distinción análoga<sup>4</sup>. En ambos casos, un tipo de responsabilidad diferenciada concierne únicamente a la primera clase de obligación. Pero esta diferenciación no dispensará a la Comisión de analizar la extensión y la naturaleza de la diligencia debida, que es un elemento esencial de la obligación de prevención. Hay dos formas de entenderla: o bien esta obligación tiene un alcance particular, vale decir que la misma norma primaria prevé ya una cierta diferenciación; o bien la diferenciación puede darse a nivel de las normas secundarias, de determinación general de las obligaciones, por ejemplo el principio «nadie está obligado a hacer lo imposible».

7. El debate debe partir de la definición de qué se entenderá por daño. En la mayoría de los instrumentos internacionales esta noción comprende tres elementos diferentes: el daño a las personas (enfermedad, lesión, muerte); el daño a los bienes; y la alteración del medio ambiente. Por lo tanto, para delimitar el campo de aplicación del régimen de la prevención habría que definir qué es el medio ambiente. Algunos documentos, especialmente europeos, incluyen explícitamente el paisaje, los monumentos históricos, el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas. También habrá que precisar la noción de umbral, sobre la cual la Comisión se ha detenido largamente y que sin duda volverá a examinar. En cuanto a la definición de las actividades abarcadas, algunos miembros piensan que debería comprender las actividades mencionadas en el apartado *b* del artículo 1 del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, es decir, las otras actividades no prohibidas por el derecho internacional que no entrañan el riesgo mencionado en el apartado *a*

pero causan un daño transfronterizo sensible por sus consecuencias físicas. Pero esta última categoría de actividades no parece caer en el tema de la prevención. La Comisión deberá, por lo tanto, consagrarse a las actividades peligrosas y no a las otras actividades.

8. El Relator Especial parece haber descuidado un problema íntimamente ligado al principio de la igualdad de los Estados: el Estado de origen que toma medidas de prevención ¿debe respetar las normas adoptadas por el Estado potencialmente afectado o sólo debe respetar sus propias normas, incluso frente a ese otro Estado? Es el problema de los diferentes niveles de protección que los Estados aseguran a su población. También se puede afirmar lo contrario: que corresponde al Estado afectado decidir el umbral que deberá respetar el Estado de origen porque a él le corresponde decidir la protección que garantiza a su población. También cabe sostener, por el contrario, que un Estado no está obligado a conceder a la población de otro Estado una protección más amplia que la que ofrece a su propia población. Diversos principios de derecho internacional —la igualdad de los Estados, la integridad territorial, la soberanía— pueden invocarse en favor de uno u otro argumento. Como parece imposible dirimir este problema por una disposición de fondo habrá que insistir en un procedimiento que permita a los Estados en cuestión encontrar una solución que les convenga a los dos.

9. En lugar de seguir repitiendo lo que la Comisión ya ha escuchado innumerables veces, sus miembros deben dedicarse a elaborar un régimen lo antes posible. Lo mejor sería retomar el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión y examinarlo desde el punto de vista del nuevo tema. Se verá entonces en qué medida estos artículos responden al estado actual de las reflexiones y en qué medida hay que modificarlos o completarlos. Este trabajo habrá que hacerlo a la luz de otros instrumentos, especialmente de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, a fin de no seguir aumentando la fragmentación del derecho internacional.

10. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) desea precisar que en su primer informe (A/CN.4/487 y Add.1) quiso referirse a la situación de los trabajos de la Comisión, sin compartir forzosamente las posiciones teóricas que ésta había adoptado. Por ejemplo, el orador no piensa que el incumplimiento de la obligación de diligencia no deba tener consecuencias jurídicas. Para avanzar con este tema, en el párrafo 229 sugiere que la Comisión analice la cuestión de las consecuencias en el contexto de la responsabilidad del Estado. En efecto, como ha dicho el Sr. Hafner, los trabajos pueden orientarse hacia la esfera de la responsabilidad internacional (*liability*), tema sobre el que solo existe un precedente jurisprudencial, o hacia el de la responsabilidad de los Estados (*responsibility*).

11. En cuanto a la delimitación del alcance y la naturaleza de la diligencia debida, los principios mencionados a este respecto en el informe (precaución, evaluación del impacto ambiental, autorización previa, encuadre legislativo y represión de las infracciones) permiten dar una definición mucho más amplia que tiene en cuenta la evolución alcanzada por la adopción de diversas convencio-

<sup>4</sup> Véase 2527.ª sesión, nota 8.

nes. Quizás también haya que incluir en los debates la noción de *tort* o cuasidelito, que ya ha sido muy estudiada en el plano interno y que podría servir para aclarar también una figura comparable en el derecho internacional.

12. El Sr. MELESCANU piensa que el Relator Especial tiene razón cuando plantea la cuestión de decidir si el tema en examen debe tratarse en el marco de la responsabilidad del Estado (*responsibility*) o si la Comisión debe inventar una especie de responsabilidad civil del Estado (*liability*). De todas formas la Comisión deberá hacer el esfuerzo de comprender, por una parte, que puede existir responsabilidad del Estado aunque el Estado no cometa un acto ilícito, por el simple incumplimiento de la obligación fundamental de prevención y, por otra parte, que existe una obligación de solidaridad entre los Estados, que deben asegurar la protección de sus ciudadanos. De la misma forma que el Código Civil prevé la figura de la responsabilidad sin culpa (por ejemplo, en el derecho romano la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos y la responsabilidad de los propietarios de inmuebles), la Comisión deberá tratar de definir la responsabilidad del Estado por las actividades muy peligrosas, de alto riesgo, o que puedan causar daños más allá de sus fronteras. Esta noción de responsabilidad ya ha sido aceptada en ciertas esferas muy particulares, por ejemplo en la esfera nuclear. Prácticamente todos los regímenes convencionales en vigor, sea a nivel europeo (Euratom) o a nivel internacional (OIEA), prevén una responsabilidad, que es limitada pero tiene tres niveles: responsabilidad del explotador de centrales, que tiene un tope determinado; responsabilidad del Estado, que a partir de determinado monto se subroga al autor del daño; responsabilidad de todos los Estados Partes, que deben reparar los posibles daños.

13. En opinión del Sr. Melescanu ésta es la dirección en que la Comisión deberá buscar la solución del problema del régimen de la prevención de los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas, solución que consistirá en definir las condiciones concretas en que el Estado será considerado responsable de los daños que tengan origen en su territorio.

14. El Sr. BROWNLIE manifiesta su preocupación porque la labor de codificación de la materia en examen no tiene suficientemente en cuenta el desarrollo progresivo de lo que se podría denominar derecho ambiental. En efecto, sabemos que al Relator Especial se le encargó una misión de salvamento porque el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional estaba empantanado y no se quería desaprovechar los proyectos de artículos ya elaborados.

15. El Sr. Brownlie opina que es esencial sacar la cuestión de los daños transfronterizos del tema de la responsabilidad internacional. Sostiene que se trata, más bien, de un aspecto de la responsabilidad del Estado, que jamás ha estado limitada a las consecuencias perjudiciales de los actos que por sí mismos están prohibidos por el derecho internacional. Por otra parte, si la Comisión codifica los principios de la prevención partiendo de la hipótesis de que estos principios son distintos de los de la responsabilidad del Estado, corre el riesgo de derogar normas ya vigentes en esta última materia. Por otra parte, se sabe que

los principios de responsabilidad de los Estados son extremadamente flexibles y cambiantes y que no pueden codificarse en detalle. El ejemplo perfecto es la diligencia debida.

16. De aventurarse en la esfera del derecho ambiental como tal se corre el riesgo de comenzar a fijar por escrito el principio de que el Estado no está obligado a solicitar autorización previa a su vecino antes de emprender tal o cual actividad económica. Pero esto ya no tiene nada que ver con la responsabilidad de los Estados. El Sr. Brownlie prefiere tratar el tema que acaba de presentar el Relator Especial como un ejemplo de desarrollo progresivo de una cierta faceta de la responsabilidad de los Estados, la de los daños transfronterizos, más que aislarla de la responsabilidad internacional (*liability*) y seguir tratándola en el plano teórico como si continuara formando parte de ella.

17. Y para terminar el Sr. Brownlie señala que, por su parte, jamás ha comprendido bien la distinción que se desea marcar entre la responsabilidad de los Estados y la responsabilidad internacional.

18. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comparte la idea de hacer un enfoque concreto del problema, refiriéndolo al actual proyecto de artículos, que se tomaría como base del trabajo. Además, comparte la idea de no perder de vista la estrecha relación existente entre el tema en estudio y el de la responsabilidad de los Estados; esto justificaría la elaboración en algún punto —a comienzos del proyecto de artículos o entre el régimen de la prevención y sus consecuencias— de un juego de disposiciones que sirva de «puente» entre ambos temas. Así aumentará la credibilidad del enfoque global de la Comisión con respecto a la cuestión de la responsabilidad. Y, por último, sea cual fuere la forma en que la Comisión trate la prevención, deberá encontrar inmediatamente la forma de traducir, con respecto a las consecuencias, el carácter especial del tema; para ello podría ayudarla a adelantar el ejemplo de otros ámbitos, como el derecho del mar.

19. El Sr. HE dice que como el tema de la prevención, a diferencia del de la responsabilidad (*liability*) en sentido estricto, ya está listo para ser codificado, la Comisión ha hecho bien al decidir examinarlo por separado, sobre la base de la serie completa de proyectos de artículos propuestos por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la CDI e incluidos en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones. En la Sexta Comisión algunas delegaciones consideraron que la prevención no constituía más que una introducción al quid de la cuestión, es decir a las consecuencias de los actos examinados. En caso de daño debe haber reparación. Además, podría existir una responsabilidad del Estado cuando éste no cumpla las obligaciones resultantes del proyecto de artículos sobre la prevención, o una responsabilidad internacional de carácter civil si, pese al cumplimiento de dichas obligaciones, se produjera un daño. Estas consideraciones justifican que una vez concluida la labor sobre la prevención la Comisión se aboque al examen de la responsabilidad (*liability*).

20. Por lo que respecta a la amplitud del tema de la prevención, éste ha quedado correctamente definido en el apartado a del artículo 1 del proyecto de artículos pro-

puesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, pero el apartado *b* del artículo 1 debería suprimirse.

21. El Sr. He aprueba las propuestas presentadas por el Relator Especial en la segunda parte de su informe con respecto a los principios de forma y de fondo, con excepción del principio de «quien contamina paga», que más bien debería tratarse en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad (*liability*).

22. El orador se congratula de que el Relator Especial haya reparado la omisión de su antecesor con respecto a los países en desarrollo y de que, en el espíritu de la Declaración de Río, haya insistido en la necesidad de ocuparse de las necesidades, particularidades e intereses de estos países en el marco del régimen de la prevención. Señalando que la definición del apartado *a* del artículo 1 debe entenderse como que comprende naturalmente un daño a las personas y a los bienes, como así también un daño al medio ambiente, el orador observa que el respeto de las obligaciones internacionales de carácter general relativas al medio ambiente y las obligaciones particulares relativas a la prevención de los daños transfronterizos suponen que un Estado tenga la capacidad de concebir las normas necesarias para introducir en el proceso de producción tecnologías más respetuosas del medio ambiente, y que puedan contar con los recursos económicos, materiales y humanos indispensables para dirigir el proceso de desarrollo, producción y control de las actividades. De allí nace el interés del espíritu de cooperación a escala mundial, que permitirá a los países en desarrollo y a los países en transición cumplir las obligaciones relativas a la prevención de los daños transfronterizos en su propio interés y en el de la comunidad universal.

23. El Sr. HAFNER observa que diversos instrumentos prevén, por ejemplo en el contexto europeo, que el posible contaminador debe asumir el costo de las medidas de prevención, y considera que este aspecto justifica la inclusión del principio de «quien contamina paga» en el marco del régimen de prevención.

24. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) precisa que, como se indica en los párrafos 73 a 86 de su informe, el estudio de la documentación existente sobre el principio de «quien contamina paga» permite ver claramente sus dos facetas: la reparación y la prevención.

25. El Sr. ROSENSTOCK dice que la primera parte del informe constituye una base extraordinaria para la labor futura. En primer lugar, el orador aprueba la recomendación contenida en el párrafo 112 de suprimir el apartado *b* del artículo 1 del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, y considera que este cambio será determinante para tomar distancia del tema espinoso de la *liability* y favorecer el de la *responsibility* y la prevención. Por otra parte piensa que en el párrafo 111 la referencia a los espacios públicos internacionales que figura en el apartado *g* podría complicar la tarea de la Comisión, que haría bien en basarse en el apartado *h*, que omite esta noción. Con estas reservas, el orador sólo se lamenta de que el Relator Especial no haya incluido en la primera parte un análisis minucioso de los 20 principios restantes del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo, con propuestas, lo que

habría dado a la Comisión la mejor oportunidad de terminar su labor en el 51.º período de sesiones.

26. En la segunda parte del informe los principios de forma enunciados en el capítulo V parecen a primera vista aceptables; retoman, en general, el capítulo II del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones, incluidos los comentarios.

27. Los principios fundamentales, aunque igualmente interesantes, presentan varios problemas y algunos de ellos parecen excesivos. El principio de precaución se examina en forma profunda y equilibrada, y los párrafos 184 y 185 cuadran, en general, con las secciones correspondientes del proyecto del Grupo de Trabajo. El examen del principio «quien contamina paga» es útil e igualmente equilibrado; es muy positivo que se concluya con la cita de una frase de la Sra. Edith Brown-Weiss: el principio de quien contamina paga «no se plasma fácilmente en un principio de responsabilidad (*liability*) entre los Estados»<sup>5</sup>; aunque en el contexto de la prevención el problema se plantea de distinta forma.

28. En la sección C del capítulo VI, el Relator Especial parece abandonar el campo del derecho para abordar cuestiones que están más cerca de una declaración política y que son de la competencia de otros órganos. Si bien se puede afirmar que todo está relacionado, la Comisión no puede examinarlo todo, y menos dentro del plazo que se ha impuesto. Y, especialmente, por lo que hace al principio de buena gestión pública, esta noción excede ampliamente la simple capacidad de llevar a la práctica la obligación de prevención y, aunque la Comisión se limitara a indicar a los gobiernos cómo elaborar su legislación interna en las materias que le interesan, estaría excediendo su mandato y perdería de vista el tema sin muchas posibilidades de obtener resultados.

29. Entre las conclusiones del informe, las contenidas en el párrafo 224 parecen generalmente aceptables. En el párrafo 225 el Relator Especial define correctamente la diligencia debida como la norma que permite medir la obligación de prevención —obligación de conducta y no de resultado—. A este respecto, si la Comisión decide profundizar esta noción pese a las dudas de ciertos miembros, entre los cuales se cuenta el Sr. Rosenstock, deberá tener en cuenta 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, donde se dice que la obligación de vigilancia (diligencia debida) deberá medirse por normas objetivas.

30. En el párrafo 226, la afirmación de que el incumplimiento de la obligación de prevención, tal como esté prevista, o de la obligación de conducta no conllevaría ninguna consecuencia jurídica parece resultar de una interpretación totalmente errónea de la norma de la responsabilidad del Estado. Muy distinto es el problema del daño acaecido pese a haberse cumplido la diligencia debida para prevenirlo.

<sup>5</sup> «Environmental equity The imperative for the 21st century», *Sustainable Development and International Law*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, pag 21

31. El párrafo 229 no es claro: sólo tiene sentido si entendemos que contempla el caso en que ocurre un daño a otro Estado pese a haberse cumplido con la obligación de prevención. Si bien el párrafo 230 es exacto, está realmente fuera de lugar en el informe. Al párrafo 232 se le aplican los mismos comentarios que con respecto a la sección C del capítulo VI.

32. Por último, el Sr. Rosenstock no puede aceptar el criterio que el Relator Especial propone a la Comisión en el párrafo 233, porque supone que ésta apruebe la orientación y el análisis generales del informe antes de examinar las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión. Por el contrario, teniendo en cuenta el plazo que se ha impuesto, la Comisión debería emprender este examen inmediatamente.

33. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) explica que con el párrafo 233 del informe trató de obtener directrices de la Comisión para poder elaborar algunos artículos adicionales, dado el esfuerzo que ha realizado para llenar, especialmente en la sección C del capítulo VI, lo que percibía como lagunas en el trabajo de su antecesor, o para profundizar algunas nociones, como el principio de «quien contamina paga».

34. El Sr. LUKASHUK señala que la segunda parte del primer informe se presenta como una carta de principios relativos a la protección del medio ambiente, pero de unos principios que están muy lejos del derecho positivo: buena gestión pública, buena vecindad, prevención de controversias, equidad, etc. Al mismo tiempo el Relator Especial afirma, en el párrafo 146, que en el plano normativo es difícil de afirmar que exista en general una obligación de cooperar en el derecho internacional consuetudinario. Ahora bien, este principio de cooperación está expresamente citado en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>6</sup>, pero es un principio que existe como idea general, vale decir no como una obligación de cooperar sino como una obligación de resolver las controversias con espíritu de cooperación. Los demás principios —información, notificación, consulta, etc.— sólo sirven para explicar el principio de cooperación. Además, los intentos de codificar el principio de la coexistencia pacífica, realizados a iniciativa de los antiguos países socialistas, muestran que la base del principio de coexistencia es el principio de cooperación y que no hay, pues, contradicción entre los dos principios. Por último, esta carta de principios establece diferentes niveles de obligaciones jurídicas porque, como se recuerda en 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, el derecho ambiental internacional ha evolucionado mucho y se compone de una gran cantidad y diversidad de principios y reglas de distinto valor jurídico. Por ello el proyecto de artículos sobre este tema deberá expresar el espíritu de estos principios sin que, necesariamente, se los deba mencionar expresamente.

35. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) dice que en el plano normativo el Estado A no tiene ninguna obligación de cooperar con un Estado B constantemente, y en todas las esferas, pero que cuando el Estado A y el Estado B están en conflicto o tienen, de alguna otra manera, la responsabilidad conjunta de lograr determinados fines, existe una obligación de cooperar y es en este marco en el que el Relator Especial ha examinado detenidamente tanto el principio de cooperación como su funcionamiento. En cuanto a la relación entre la cooperación y la coexistencia pacífica, es cierto que una no va sin la otra, pero la coexistencia es la de los Estados soberanos que sólo la necesidad puede reunir. Se trata simplemente de reemplazar una cierta pasividad del derecho por una interdependencia más deliberada. En realidad, casi no hay desacuerdos importantes en el seno de la Comisión sobre ninguno de estos puntos.

36. Para que la Comisión pueda concluir este tema en el próximo período de sesiones deberá, en primer lugar, evitar cuanto pueda el debate sobre la dualidad de los conceptos de responsabilidad sin falta/responsabilidad de los Estados. Luego deberá concentrar su labor en las conclusiones que figuran al final del informe y, más precisamente, en la faceta de las consecuencias, faceta que la Comisión deberá profundizar. Si bien es cierto que, por el momento, se puede separar la prevención de la responsabilidad, no se puede demorar más el examen de la cuestión de las consecuencias. Si se opta por la solución de establecer algunos principios primarios y trasladar todas las dificultades a la esfera de la responsabilidad del Estado, nos encontramos con el problema de la responsabilidad del Estado cuando un operador incurre en responsabilidad. Ya se han producido en el seno de la Comisión desacuerdos muy claros sobre la cuestión de saber cuándo la responsabilidad del segundo pasa al primero. Por eso, en su informe, el Relator Especial llega a la conclusión de que la responsabilidad del Estado debe estar separada de la del operador. Pero, por supuesto, el Relator Especial tendrá en cuenta la opinión mayoritaria en el seno de la Comisión.

37. El Sr. SIMMA estima que la primera parte del primer informe servirá para hacer una recapitulación de la labor realizada por la Comisión sobre el tema de la responsabilidad sin culpa, que se concretó en el 48.º período de sesiones de la Comisión por propuestas concretas y viables. Ahora la Comisión deberá continuar con esta labor si desea concluir el proyecto de artículos sobre la prevención. El Sr. Simma apoya plenamente las propuestas formuladas en esta primera parte. Con respecto a la segunda parte del informe, no solo es una recapitulación, sino también una síntesis, de todos los escritos, propuestas y acuerdos relativos a la prevención en un sentido muy amplio del término. Pero esta segunda parte va más allá del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión, e introduce tal cantidad de elementos controvertidos que podrían impedir que la Comisión concluyera sus trabajos sobre el tema en el plazo previsto. Quizás convendría dejar de lado estos elementos para retomarlos más tarde, en el marco del examen de la responsabilidad sin culpa.

38. Por lo que respecta al contenido de la segunda parte del informe, si se observa el estado del derecho relativo a la protección del medio ambiente, incluida la prevención,

<sup>6</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

se comprueba que hay algunos principios que, sin duda, son jurídicamente imperativos (como *sic utere tuo* o el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano [Declaración de Estocolmo]<sup>7</sup>), pero, por su mismo carácter universal, estos principios sólo son operativos cuando existe un acuerdo complementario más concreto. Por eso el principio enunciado en el artículo 1 propuesto por el Grupo de Trabajo en el 48.º período de sesiones de la Comisión sólo puede aplicarse concretamente cuando hay un acuerdo o un consenso sobre el sentido exacto de la expresión «daño sensible». En el derecho ambiental sólo habrá progreso cuando se concierten tratados sobre una cantidad cada vez mayor de materias. En ese cuerpo convencional se encuentra el mismo dualismo entre los tratados marco que enuncian principios primarios, relativamente intemporales, por una parte, y los instrumentos que enuncian normas secundarias, donde se concretan principios generales y que evolucionan más con el tiempo. Fuera de esta esfera de los tratados, en el derecho ambiental, incluida la prevención, se encuentra una gran cantidad de declaraciones o proclamas normativas que consisten, cuando más, en «derecho blando» y, cuando menos, en una tendencia a considerar que los deseos son realidad. En todas estas declaraciones y proclamas coexisten, en equilibrio inestable, argumentos propiamente jurídicos con consideraciones de otro tipo. En cierta medida encontramos este tipo de equilibrio inestable en la segunda parte del informe. En verdad es la prevención, en el sentido restringido, concreto y técnico del término, lo que debe constituir el elemento esencial del derecho ambiental internacional; y los principios de fondo que deben figurar en ese núcleo central ya han sido desarrollados y perfeccionados en numerosos tratados bilaterales y en instrumentos de «derecho blando», que sin embargo tienen autoridad, elaborados principalmente en el marco de la OCDE y el PNUMA.

39. Los principios enunciados en la segunda parte del informe son de dos clases, si nos atenemos a su naturaleza jurídica. Sobre los primeros —información, notificación, consulta, incluso precaución— habría que preguntarse si corresponden al derecho internacional consuetudinario, y habría que tomar nota de que la Comisión está por crear derecho a su respecto. Los segundos —prevención de controversias, equidad, creación de capacidad, buena gestión pública— llevan la prevención a un campo de consideraciones político—jurídicas controvertidas donde se verá obligada a tener relaciones ambiguas análogas a las que pueden tener los derechos humanos con el derecho al desarrollo. Afirmar que principios como los enunciados en los párrafos 205 y 223 del informe pertenecen al derecho internacional consuetudinario, vale decir que constituyen obligaciones jurídicas, es un intento de conferir legitimidad jurídica a argumentos de orden político. Por el contrario, con respecto al primer grupo de principios es efectivamente legítimo preguntarse si la existencia de un número considerable de disposiciones más o menos análogas permite decir que estamos en presencia de un derecho internacional consuetudinario. Esta cuestión es tan legítima como el caso de los tratados de extradición o los acuerdos de servicios aéreos. De todas formas, al elaborar

un sólido proyecto de artículos sobre el tema la Comisión contribuirá a la formación de una *opinio juris* en la materia.

40. Las conclusiones del Relator Especial (párrs. 224 y ss.) también contienen algunos puntos polémicos. En primer lugar, si se dice que la norma de la diligencia debida puede variar según los Estados, según las regiones, o según el momento de que se trate (párr. 225), se la convierte *ipso facto* en una norma inoperante. En segundo lugar, la combinación de los párrafos 226 y 229 parece formar una especie de régimen autónomo de la prevención en el cual el incumplimiento de la obligación de prevención no constituiría una infracción jurídica. Es muy importante no introducir una ruptura entre la prevención y la responsabilidad del Estado, sino, por el contrario, concebir una relación eficaz entre las dos, teniendo presentes principalmente dos consideraciones. La primera es que los principios que rigen la prevención deben preverse como normas jurídicas primarias cuya infracción acarreará, desde el momento en que exista un daño, todas las consecuencias que tienen los hechos internacionalmente ilícitos, según están definidos en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>8</sup>. En segundo lugar, también se debe contemplar el caso en que no exista un daño, y habrá que seguir elaborando las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos que consisten en el incumplimiento de la obligación de prevención. Este enfoque coincidiría con el espíritu del proyecto, que es el de la responsabilidad objetiva, vale decir que es el mismo hecho internacionalmente ilícito el que hace nacer la responsabilidad, incluso aunque no haya daño, salvo el caso de que este último sea un elemento constitutivo de la norma primaria. A este respecto se impone una observación: las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos que consisten en omisiones no han sido contempladas en el marco del proyecto de artículos relativos a la responsabilidad de los Estados, y quizás sería conveniente que el Relator Especial encargado de este tema se ocupara de esta cuestión.

41. Por lo que hace a la terminología, la expresión «prevención *ex post*» constituye una contradicción desde un punto de vista lógico, y más valdría reemplazarla por otro término, siempre que se conservara la noción.

42. Como la tarea del Relator Especial se ve facilitada por todo lo que la Comisión ya ha logrado en esta materia, el Sr. Simma expresa, para concluir, su deseo de que el Relator Especial siga la orientación marcada claramente por los trabajos realizados entre los períodos de sesiones 46.º y 48.º de la Comisión y se inspire en los proyectos de artículos que ya han sido elaborados.

43. El Sr. ECONOMIDES, refiriéndose a la observación del Sr. Simma sobre el término «sensible» utilizado para calificar el daño, estima que este término era necesario con respecto a la esfera de la responsabilidad, pero que quizás no lo sea cuando se trate de la prevención. Ni en la Declaración de Estocolmo ni en la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* se califica el daño, y quizás la Comisión debería ser más ambiciosa y contemplar la prevención de todo tipo de daño.

<sup>7</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

<sup>8</sup> Véase 2520.ª sesión, nota 8.

44. Con respecto a la obligación de cooperar, el Sr. Economides lamenta que el Relator Especial no haya tenido más en cuenta los principios de la buena vecindad. Los daños transfronterizos son, casi por definición, daños causados a los países vecinos, y uno se puede preguntar si, teniendo en cuenta los principios de buena vecindad, la obligación de cooperar no debería ser entonces una obligación estricta.

45. El Sr. HAFNER dice que ni el principio 21 de la Declaración de Estocolmo ni la opinión consultiva de la CIJ en el asunto *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* sirven de fundamento a la idea de que todo tipo de daño deba ser evitado. Mientras el daño no haya alcanzado un umbral debe ser tolerado, sin lo cual todo desarrollo industrial sería imposible, ya sea por razones técnicas o económicas.

46. El Sr. FERRARI BRAVO, recordando 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, señala que existe toda una serie de normas aplicables antes de que ocurra el daño. Se trata, en efecto, de evitar el daño, porque éste a menudo resultaría intolerable. Basta con pensar en el daño que causaría la utilización de armas nucleares. Desde este ángulo se debe enfocar el tema de la prevención, situándose más allá del daño producido.

47. El Sr. BROWNLIE, refiriéndose a una observación del Sr. Simma, opina que hay que abstenerse de codificar en una forma muy detallada algunos conceptos del derecho internacional que son flexibles y muy útiles como están. Las nociones de diligencia debida, daño sensible y umbral de daño son buenos ejemplos a este respecto. Por eso el sentido de sensible depende del contexto en el cual esta palabra será utilizada. Al tratar de codificar estas nociones se corre el riesgo de alterarlas.

48. El Sr. PELLET desearía que en la traducción francesa de los informes donde figuran las palabras *responsability* y *liability*, esta última palabra se tradujera por *responsabilité (liability)*: de otra forma, un documento como el primer informe del Relator Especial resulta prácticamente incomprendible para el lector francófono.

49. Una cuestión que conviene plantearse es en qué momento nace la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de prevención. A este respecto se recordará que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, la obligación de prevenir está contemplada en los artículos 23 y 26 pero que, al contrario de la diligencia debida prevista en el marco de la prevención, estamos ante una obligación de resultado, vale decir de prevenir un determinado hecho. La responsabilidad del Estado sólo nace cuando se produce un daño, pero entonces es casi «retroactiva», puesto que en el artículo 26 se dice que la violación de una obligación internacional que exija del Estado prevenir un acontecimiento dado se producirá en el momento en que comience ese acontecimiento. Aunque haya una obligación de resultado por una parte y una obligación de conducta por el otro es evidente que existen características comunes cuyo estudio contribuiría a encontrar una respuesta a la pregunta de saber cuándo nace la responsabilidad en el caso de incumpli-

miento de la obligación de prevenir en el marco de la prevención que estamos contemplando. Además, en materia de responsabilidad del Estado el Relator Especial podría detenerse a reflexionar sobre aquellas situaciones donde existe una obligación de conducta y no una obligación de resultado.

50. El Sr. ROSENSTOCK no cree que para determinar el momento en que ocurre la violación de una obligación de ejercer la diligencia debida sea útil comparar esta obligación de conducta con la obligación de resultado contemplada en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Si en la práctica es difícil determinar el momento en cuestión, no lo es en teoría: se trata del momento en que se puede establecer que no se ha ejercido la diligencia debida, con lo cual otro Estado queda expuesto a un riesgo que no tiene por qué tolerar.

51. El Sr. ELARABY dice que la observación del Sr. Pellet con respecto a la utilización de la palabra *responsabilité* en francés también es válida para el árabe.

52. El derecho ambiental se ha desarrollado considerablemente en los últimos 30 años y este hecho debería llevar a la Comisión a emprender la vía del desarrollo progresivo en relación con la prevención. Con respecto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación de prevención corresponde observar que el Relator Especial no excluye ninguna solución sino que, en realidad, solicita al respecto la opinión de los miembros de la Comisión. La diligencia debida es una obligación de conducta, pero dada la gravedad de las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento de esta obligación habría que enfocarla desde otra perspectiva, por ejemplo asociándola a una procedimiento de solución de controversias. Por último, el Sr. Elaraby estima que los principios de que trata la sección C del capítulo VI del informe no corresponden al ámbito de la prevención.

53. El Sr. AL-KHASAWNEH, refiriéndose a las observaciones del Sr. Brownlie con respecto al empleo del término «sensible», está de acuerdo en que el umbral del daño debe evaluarse en su contexto, pero se pregunta si no habría un elemento objetivo, válido para todos los contextos, por ejemplo el carácter reparable o no del daño causado.

54. El Sr. Sreenivasa RAO (Relator Especial) responde a la crítica formulada por el Sr. Simma con respecto a la última frase del párrafo 225 de su informe y dice que para él se trata casi de una evidencia, ya que el umbral del daño que debe tenerse en cuenta variará, entre otras cosas, con la experiencia y el progreso técnico. A este respecto el orador remite a las explicaciones que figuran en la nota correspondiente al apartado e del párrafo 111.

*Se levanta la sesión a las 13.10 horas.*