

# El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

---

José Juste Ruíz

## 1. Génesis del proyecto

El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas tiene su origen remoto en los trabajos de codificación relativos a la responsabilidad internacional de los Estados.

En efecto, siguiendo una orientación claramente marcada por el segundo relator especial en la materia, Roberto Ago, en su primer informe de 1963, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) reconoció la existencia de casos en que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de determinadas actividades que el derecho internacional no prohíbe. Sin embargo, en este primer momento, la CDI decidió concentrar su trabajo en el tema de la responsabilidad de los Estados derivada de hechos ilícitos, y subrayó las dificultades que entrañaba la utilización del término «responsabilidad» en relación con la reparación de las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Pese a todo, la CDI puso ya de manifiesto la importancia de esta forma de «responsabilidad» por el creciente número de actividades que entrañan riesgos para

otros Estados, y decidió abordar ulteriormente la codificación de las reglas del derecho internacional en la materia.<sup>1</sup>

En 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró relator especial en la materia al señor Robert Q. Quentin-Baxter,<sup>2</sup> quien presentó cinco informes entre 1980 y 1984.<sup>3</sup> En el tercer informe, presentado a la Comisión en 1982, se incluía un plan esquemático cuyos elementos esenciales eran los siguientes: vincular el tema al de la responsabilidad de los Estados, abordar tanto los aspectos relativos a la prevención como los relativos a la reparación, y establecer un equilibrio entre la libertad de acción de los Estados y la obligación de no causar daños a otros Estados.<sup>4</sup> El quinto informe presentado por Quentin-Baxter, en 1984, contenía propuestas relativas a cinco artículos que fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al comité de redacción.

En 1985, la Comisión nombró relator especial del tema al señor Julio Barboza, quien presentó 12 informes entre 1985 y 1996.<sup>5</sup> Sobre la base de las recomendaciones de un

<sup>1</sup> Así, en su informe de 1973 a la Asamblea General, la CDI afirmó: «Es cierto que la Comisión, según se ha indicado en la introducción de este capítulo del informe, ha decidido dedicar el proyecto de artículos a la responsabilidad derivada de «hechos ilícitos» solamente; pero no es menos cierto que la Comisión ha reconocido la existencia de casos en los que los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional —en la medida en que este término sea a la sazón el más adecuado— por las consecuencias perjudiciales de determinadas actividades que el derecho internacional no prohíbe, al menos por ahora. El creciente número de actividades que entrañan riesgos pone especialmente de manifiesto la importancia de esta forma de “responsabilidad”». En «Informe de la Comisión a la Asamblea General». *Anuario de la CDI*, vol. II, 1973, p. 179.

<sup>2</sup> En ese periodo de sesiones, la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema. Véase el informe del grupo de trabajo en *Anuario de la CDI*, vol. II, 1978 (segunda parte), pp. 147-149.

<sup>3</sup> Los cinco informes del relator especial figuran en: *Anuario de la CDI*, vol. II, 1980 (primera parte), p. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1981 (primera parte), p. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1982 (primera parte), p. 61, documento A/CN.4/360; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1983 (primera parte), p. 213, documento A/CN.4/373; y *Anuario de la CDI*, vol. II, 1984 (primera parte), p. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

<sup>4</sup> Así lo resumen ROSENTOCK, R. y M. KAPLAN en «The Fifty-Third Session of the International Law Commission». *American Journal of International Law*, vol. 96, n.º 2, 2002, p. 415.

<sup>5</sup> Los 12 informes del relator especial se han publicado en: *Anuario de la CDI*, vol. II, 1985 (primera parte), p. 101, documento A/CN.4/394; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1986 (primera parte), p. 153, documento A/CN.4/402; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1987 (primera parte), p. 49, documento A/CN.4/405; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1988 (primera parte), p. 254, documento A/CN.4/413; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1989 (primera parte), p. 139, documento A/CN.4/423; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1990 (primera parte), documento A/CN.4/428; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1991 (primera parte), documento A/CN.4/437; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1992 (primera parte), p. 77, documento A/CN.4/443; *Anuario de la CDI*, vol. II, 1993 (primera parte), documento A/CN.4/450, documento A/CN.4/459, documento A/CN.4/468, y documento A/CN.4/475 y Add.1.

grupo de trabajo establecido en 1992,<sup>6</sup> la Comisión decidió que la labor sobre este tema se continuara gradualmente, y finalizó primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos. Siguió más tarde con las medidas de reparación,<sup>7</sup> aunque sin modificar el título oficial. En 1996, un nuevo grupo de trabajo insistió en que el tema presentaba dos elementos diferentes relativos, respectivamente, a la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actos no prohibidos por el derecho internacional y a la eventual distribución de las pérdidas resultantes de los daños transfronterizos ocurridos en el curso de la realización de tales actos o actividades.<sup>8</sup> En 1997 la Comisión estableció nuevamente un grupo de trabajo que insistió en que las dos cuestiones relativas a la «prevención» y a la «responsabilidad internacional» eran distintas entre sí —aunque estuvieran relacionadas— y deberían tratarse en adelante por separado. En consecuencia, la Comisión decidió proseguir su labor sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», pero tratando en primer lugar la cuestión de la prevención en una sección subtitulada «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas».<sup>9</sup> La Asamblea General tomó nota de esa decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156.

En el mismo periodo de sesiones de 1997, la Comisión nombró relator especial encargado de esta parte del tema al señor Pemmaraju Sreenivasa Rao. En 1998, la Comisión examinó el primer informe del nuevo relator especial<sup>10</sup> y aprobó en primera lectura un proyecto de artículos titulado «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)». Las modificaciones introducidas en el texto iban en realidad más allá de lo indicado en el nuevo título del proyecto, ya que los 17 artículos contenidos en él trataban exclusivamente de la cuestión de la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas. En 1999, la Comisión examinó el segundo informe del relator especial, y decidió completar en segunda lectura el proyecto

<sup>6</sup> La Comisión estableció este grupo de trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema. Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo periodo de sesiones, suplemento n.º 10 (A/47/10), pp. 135-137.

<sup>7</sup> Véanse las recomendaciones detalladas de la Comisión en ob. cit., quincuagésimo periodo de sesiones, suplemento n.º 10 (A/50/10), pp. 228 y 229.

<sup>8</sup> Sin embargo, el grupo de trabajo continuó manteniendo una orientación amplia, y presentó un informe con artículos y comentarios que se referían tanto al principio de la prevención como a la responsabilidad por la indemnización u otra reparación, a pesar de que la Asamblea General, en su resolución 50/45, del 11 de diciembre de 1995, había solicitado que la Comisión reanudara su labor relativa al tema «[...] a fin de determinar la primera lectura del proyecto de artículos sobre actividades que presentan el riesgo de causar daño transfronterizo». Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo periodo de sesiones, suplemento n.º 10 (A/51/10), anexo I.

<sup>9</sup> Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo periodo de sesiones, suplemento n.º 10 (A/52/10), párrafo 168.

<sup>10</sup> A/CN.4/487 y Add.1.

de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y posponer el examen de la cuestión de la responsabilidad internacional.<sup>11</sup>

En su periodo de sesiones de 2000, la Comisión examinó el tercer informe del relator especial,<sup>12</sup> que contenía en su anexo un proyecto de artículos titulado «Prevención de daños transfronterizos sensibles».<sup>13</sup> La Comisión remitió este proyecto al Comité de Redacción, que introdujo diversas modificaciones que afectaron incluso su título. Finalmente, el 11 de mayo de 2001, la Comisión aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y una serie de 19 artículos sobre «Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas» y, ulteriormente,<sup>14</sup> los comentarios a los mencionados proyectos de artículos.

De conformidad con su estatuto, la Comisión sometió el proyecto de preámbulo y el proyecto de artículos a la Asamblea General, juntamente con la recomendación de que elaborase una convención basada en el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.<sup>15</sup> Sin embargo, la Asamblea General se limitó a expresar su reconocimiento «[...] por la valiosa labor realizada sobre la cuestión» y pidió a la Comisión que reanudase «[...] su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad».<sup>16</sup>

## 2. Reformulación de la obligación de prevención

El proyecto de artículos elaborado por la Comisión se ocupa de la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas, pero «no prohibidas por el derecho internacional». Según la propia Comisión, este enfoque tiene por objeto separar este tema del de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y «[...] permitir al Estado que pueda resultar afectado por una actividad que

---

<sup>11</sup> Ante las dificultades encontradas, el segundo informe del relator especial planteaba tres opciones para el futuro seguimiento del tema, a saber, (a) continuar examinando el tema de la responsabilidad y finalizar algunas recomendaciones; (b) suspender su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, al menos por el momento, hasta que se complete el régimen de prevención en segunda lectura; y c) dar por terminada su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional, a menos que la Asamblea General revise y renueve el mandato (A/CN.4/501).

<sup>12</sup> La CDI tuvo también ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, que mostraban considerables discrepancias. Véanse A/CN.4/509 y A/CN.4/516 (recibido en 2001).

<sup>13</sup> A/CN.4/510.

<sup>14</sup> En sus sesiones 2697.<sup>a</sup>, 2698.<sup>a</sup>, 2699.<sup>a</sup> y 2700.<sup>a</sup>, del 27 de julio al 2 de agosto de 2001.

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio, y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General. Documentos Oficiales. 56.º periodo de sesiones, suplemento n.º 10 (A/56/10), p. 409.

<sup>16</sup> Véase Asamblea General. Resolución 56/82, del 18 de enero de 2002.

entrañe el riesgo de causar un daño transfronterizo [...] sensible exigir al Estado de origen que cumpla las obligaciones de prevención, aunque la actividad en sí no esté prohibida».<sup>17</sup> El proyecto trata así de establecer un equilibrio equitativo entre los derechos que asisten al Estado de origen tanto en la explotación de sus recursos naturales como en el desarrollo de actividades económicas no prohibidas y los intereses de los Estados terceros en protegerse frente a amenazas de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas:

Las actividades que abarca el presente tema de la prevención exigen que los Estados busquen la cooperación y el acuerdo en beneficio de sus intereses mutuos. Los Estados son libres de adoptar las medidas necesarias para desarrollar sus recursos naturales y de realizar o autorizar actividades en atención a las necesidades de su población. Al hacerlo, sin embargo, los Estados tienen que velar por que esas actividades se realicen teniendo en cuenta los intereses de otros Estados y, por consiguiente, la libertad de que gozan en el ámbito de su jurisdicción no es ilimitada.<sup>18</sup>

La obligación de prevenir los daños transfronterizos que pueden resultar de las actividades realizadas por un Estado o bajo su jurisdicción o control se basa en el principio fundamental *sic utere tuo ut alterum non laedeas*. En el derecho internacional, este principio está vinculado a la idea del uso no perjudicial del territorio, y ha sido afirmado de modo reiterado por la jurisprudencia y la práctica internacionales. La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972, afirmó ya en su principio 21 que «[...] los Estados [...] tienen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional». La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, ha mantenido esta misma exigencia en su principio 2, aunque ha suavizado su formulación al sustituir la referencia a la «obligación de asegurar» por una más mitigada referencia a «la responsabilidad de velar» por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños transfronterizos. En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia, puede afirmarse que la «obligación general» de que los Estados velen por la prevención de daños transfronterizos forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente.<sup>19</sup> Y las exigencias de la obligación de prevención se

<sup>17</sup> El propio comentario añade que: «Además, el hecho de que un Estado que pueda resultar afectado haga valer los presentes artículos, no impide que más adelante ese Estado sostenga que la actividad en cuestión es una actividad prohibida. Del mismo modo, debe entenderse que el incumplimiento de la obligación de prevenir o, en todo caso, de minimizar el riesgo que establecen los artículos no permite suponer que la actividad misma está prohibida». Véase el documento citado en la nota 14 bis, p. 423.

<sup>18</sup> Documento citado en la nota 14 bis, pp. 420-421.

<sup>19</sup> «Licéité de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucléaires». Opinión consultiva del 8 de julio de 1986. C.I.J. *Recueil*, 1996, p. 242, párrafo 29.

imponen con mayor razón cuando las actividades de que se trata tienen un carácter peligroso o, más aún, extremadamente peligroso.<sup>20</sup>

Sin embargo, al enunciar la obligación de prevenir el daño transfronterizo que pesa sobre el Estado de origen de las actividades peligrosas, el proyecto de artículos se aleja de toda consideración de la posible existencia de una obligación por lograr un «resultado determinado» o «prevenir un acontecimiento dado»,<sup>21</sup> y se limita a establecer ciertas obligaciones de comportamiento para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. De este modo, la CDI se aparta del terreno de las obligaciones materiales para definir las obligaciones procesales que deben cumplir los Estados involucrados en actividades peligrosas pero no prohibidas por el derecho internacional. El proyecto trata así de perfilar un régimen de «gestión del riesgo compartido», y hace hincapié en la obligación de todos los Estados interesados de consultarse y cooperar, pero sin dar a los Estados que pueden resultar afectados «[...] el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos».<sup>22</sup>

Queda por ver si esta distribución de derechos y obligaciones de ambas partes resulta finalmente equitativa o si, por el contrario, el régimen previsto favorece la posición de unos Estados en perjuicio de otros.

## 2.1. Contenido de la obligación de prevención

104

La obligación de prevención que pesa sobre el Estado de origen de la actividad exige a este adoptar, de acuerdo con el tenor literal del artículo 3, «[...] todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo».

### 2.1.1. Obligación de minimizar el riesgo de daño

El comentario del artículo 3 afirma que el deber de prevenir tiene una consideración principal e incluso prioritaria sobre la obligación de minimizar el riesgo de causar los daños, de modo que el Estado de origen debería atender en primer lugar a prevenir la

---

<sup>20</sup> Véase JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P. *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: Ecoiuris, 2001, pp. 80, 128 y 130.

<sup>21</sup> Sobre la configuración de estas categorías de obligaciones véase el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobado por la CDI en primera lectura en su 2459.<sup>a</sup> sesión, el 12 de julio de 1996, artículos 21 (violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado) y artículo 23 (violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado).

<sup>22</sup> El comentario del artículo 1 explica que se da a los Estados que pueden resultar afectados «el derecho a colaborar con el Estado de origen en el diseño y, si procede, la aplicación de un sistema de gestión del riesgo compartido», pero no «el derecho a vetar la actividad o el proyecto mismos». Véase el documento citado en la nota 14 bis, p. 424, párrafo 6.

producción de daños y, subsidiariamente, cuando ello resultara imposible, a minimizar los riesgos de causarlos.<sup>23</sup> Sin embargo, el propio comentario indica que la obligación residual que asume el Estado que emprende actividades susceptibles de causar un daño transfronterizo sensible se limita a la adopción de medidas para prevenir o minimizar el riesgo, y no alcanza a garantizar que el efecto dañoso no se producirá:

[l]a obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida. La conducta del Estado de origen es la que determinará si éste ha cumplido sus obligaciones en virtud de los presentes artículos. Sin embargo, la obligación de diligencia debida no pretende garantizar la prevención total de daños sensibles, cuando no es posible lograrla. En todo caso, como queda dicho, el Estado de origen deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo. En ese sentido, esa obligación no garantiza que el daño no se produzca.<sup>24</sup>

A la luz de estas explicaciones —no exentas de cierta contradicción— cabe deducir que la obligación específica que asumen los Estados de origen de las actividades peligrosas se configura como una exigencia disyuntiva que se reduce a prevenir el daño transfronterizo sensible o, en última instancia, a minimizar el riesgo de causararlo. La interpretación minimalista del alcance de la obligación formulada será sin duda preferida por los Estados que desean llevar a cabo una actividad peligrosa, ya que siempre pueden alegar que el texto del artículo 3 les reclama adoptar medidas «apropiadas» para prevenir el daño transfronterizo, pero solamente les obliga, «en todo caso», a minimizar el riesgo de causararlo. Hay que subrayar, además, que las medidas específicas que debe adoptar el Estado de origen para prevenir o minimizar el riesgo de daño no son en realidad «todas las medidas necesarias», sino solamente aquellas obligaciones procedimentales que se contemplan específicamente en el proyecto de artículos.<sup>25</sup> En definitiva, pues, el Estado de origen de las actividades peligrosas asume esencialmente la obligación de prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible, pero únicamente mediante la aplicación de los procedimientos previstos para tal efecto en el proyecto de artículos.

<sup>23</sup> El comentario del artículo 3 afirma que este «[...] subraya el deber principal del Estado de origen de prevenir los daños transfronterizos sensibles; y únicamente en el caso de que ello no sea posible por completo deberá esforzarse cuanto pueda por minimizar el riesgo de causar los daños. La frase “en todo caso” tiene por objeto expresar que la obligación de prevención tiene prioridad. La palabra “minimizar” debe entenderse en este contexto en el sentido de que el objetivo es reducir al mínimo la posibilidad de daños [...] El presente artículo es una afirmación de principio. Dispone que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causararlo» (documento citado en la nota 14 bis, p. 434, párrafo 4).

<sup>24</sup> Documento citado en la nota 14 bis, p. 435, párrafo 7.

<sup>25</sup> El comentario general introductorio del proyecto señala que resulta «imperativo que quienes realizan actividades peligrosas adopten todas las medidas necesarias para prevenir un daño» (documento citado en la nota 14 bis, p. 418, párrafo 2). Sin embargo, al explicar el contenido jurídico de la obligación de prevención enunciada en el artículo 3, el comentario del artículo afirma con claridad que «[...] las palabras “todas las medidas apropiadas” se refieren a todas las medidas y disposiciones que se especifican en los artículos sobre prevención y reducción al mínimo de los

### 2.1.2. Definición del riesgo contemplado

Puesto que la obligación asumida por el Estado de origen consiste, en último término, en minimizar el riesgo de producir un daño, resulta particularmente relevante descifrar el perfil asignado al concepto de «riesgo» en el contexto del proyecto de artículos. El artículo 2 a define este término de un modo poco comprensible a primera vista, ya que este afirma que «[...] el riesgo de causar daño transfronterizo sensible abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico».

Esta extraña configuración del efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un daño transfronterizo y de la magnitud de sus efectos perjudiciales parece situar en el marco del proyecto todas aquellas actividades que presentan una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible (actividades peligrosas) y una baja probabilidad de causar un daño catastrófico (actividades extremadamente peligrosas).<sup>26</sup> El proyecto, en el que no se consideró oportuno incluir una lista de las actividades contempladas,<sup>27</sup> se aplica así a todas las actividades que conllevan un alto riesgo de causar un daño transfronterizo sensible y/o un bajo riesgo de que el daño transfronterizo resulte catastrófico. En virtud de esto, puede configurarse un cuadro de situaciones que podrían resumirse del modo siguiente:

106

1. Quedan excluidas del ámbito del proyecto, por defecto, las actividades que tienen muy pocas posibilidades de causar un daño transfronterizo sensible (actividades no peligrosas). Estas actividades se consideran de suyo como de escaso riesgo y se sitúan por debajo del umbral que los demás Estados deben tolerar.<sup>28</sup>
2. Quedan incluidas en el ámbito del proyecto las actividades que tienen una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible (actividades peligrosas) y una baja probabilidad de causar un daño transfronterizo catastrófico (actividades extremadamente peligrosas). Estas actividades constituyen en todo caso una amenaza clara para los Estados que pueden resultar afectados y a ellas se aplica el régimen de prevención establecido por el proyecto, mediante las medidas que resulten

---

daños transfronterizos», y añade que el artículo 3 «[...] es complementario de los artículos 9 y 10 (en los que se establecen las obligaciones de procedimiento a seguir) y forma con ellos un conjunto armonioso» (documento citado en la nota 14 bis, p. 434, párrafo 4).

<sup>26</sup> El comentario del artículo 1 del proyecto afirma que: «Por actividad extremadamente peligrosa se entiende una actividad que entraña un riesgo que sólo rara vez se materializará pero que, cuando ello ocurra, tal vez alcance proporciones graves (más que sensibles, serias o sustanciales)» (documento citado en la nota 14 bis, p. 422, párrafo 2).

<sup>27</sup> Sobre este punto véase el comentario del artículo 1 (documento citado en la nota 14 bis, p. 422, párrafos 3, 4 y 5).

<sup>28</sup> El comentario del artículo 2 explica que la definición establecida «[...] excluiría las actividades en que hubiera muy pocas probabilidades de causar un daño transfronterizo sensible» (documento citado en la nota 14 bis, p. 430, párrafo 3).

apropiadas en función del grado de peligrosidad que dichas actividades presenten en cada caso.<sup>29</sup>

3. Quedan excluidas del ámbito del proyecto, por exceso, las actividades que tienen una alta probabilidad de causar un daño transfronterizo catastrófico (actividades extremadamente peligrosas). Aunque el proyecto de artículos y su comentario no lo afirmen taxativamente, parece claro que las actividades de que se trata deben considerarse a priori prohibidas por el derecho internacional, por constituir un ejercicio abusivo de la competencia soberana del Estado.

Por lo demás, la determinación de la naturaleza concreta de las actividades de que se trata y, en particular, su nivel de peligrosidad debe ser objeto de una estimación específica en cada caso concreto. En tal sentido, el comentario del artículo reconoce que el riesgo, por definición, se refiere a posibilidades futuras y, por tanto, entraña un elemento de evaluación o estimación que debe interpretarse «[...] objetivamente, es decir, como la estimación de un posible daño resultante de una actividad, que un observador debidamente informado haya tenido o debido tener».<sup>30</sup> La estimación del riesgo debe ser también continuada (vigilancia permanente), ya que las condiciones de peligrosidad de una actividad y la percepción que de la misma se tiene pueden cambiar con el paso del tiempo.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> El comentario del artículo 3, en su apartado 10, afirma que: «La norma de diligencia debida con la cual debe contrastarse la conducta de un Estado es lo que generalmente se considera apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño transfronterizo en el caso de que se trate. Por ejemplo, las actividades que pueden considerarse extremadamente peligrosas requieren un grado de cuidado mucho mayor al formular políticas y un grado mucho mayor de vigor por parte del Estado para aplicarlas. Cuestiones como la dimensión de la operación, su ubicación, las condiciones climáticas especiales, los materiales utilizados en la actividad, y la razonable idoneidad de las conclusiones sacadas de la aplicación de estos factores en un caso concreto figuran entre los factores que han de considerarse para determinar la existencia del requisito de la diligencia debida en cada caso» (documento citado en la nota 14 bis, p. 437, párrafo 10).

<sup>30</sup> El comentario del artículo 1 afirma así que: «Con respecto al elemento de “riesgo”, éste, por definición, se refiere a posibilidades futuras y, por tanto, entraña un elemento de evaluación o estimación del riesgo. El mero hecho de que puedan derivarse daños de una actividad no significa que esa actividad entrañe un riesgo si ningún observador debidamente informado tuvo o pudo tener conciencia de ese riesgo cuando se realizaba la actividad. Por otra parte, una actividad puede entrañar un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible aun cuando los encargados de realizar la actividad subestimen el riesgo o incluso no tengan conocimiento de él. Por lo tanto, la noción de riesgo se interpreta objetivamente, es decir, como la estimación de un posible daño resultante de una actividad, que un observador debidamente informado haya tenido o debido tener» (documento citado en la nota 14 bis, p. 427, párrafo 14).

<sup>31</sup> El mismo comentario explica que: «En este contexto, hay que destacar que estos artículos en conjunto tienen un efecto y aplicación continuados, es decir, a menos que se indique otra cosa, se aplican a las actividades en el momento en que se realizan. Por tanto, es posible que una actividad que inicialmente no entrañara un riesgo (en el sentido explicado en el párrafo 14), pueda pasar a tenerlo como consecuencia de algún acontecimiento o circunstancia. Por ejemplo, un embalse perfectamente seguro puede volverse peligroso como consecuencia de un sismo, en

### 2.1.3. Alcance del daño cubierto

También resulta muy importante descifrar el significado atribuido al término «daño», que constituye el elemento de cierre de la obligación de prevención establecida en el proyecto.<sup>32</sup> Su artículo 2 afirma en su apartado b que «Se entiende por “daño” el causado a las personas, a los bienes o al medio ambiente». Resulta tranquilizante que esta definición mencione expresamente no solamente los daños causados a las personas y a los bienes, sino también los daños causados al medio ambiente. Sin embargo, otros artículos del proyecto establecen limitaciones adicionales que reducen considerablemente el alcance del concepto de daño incluido en su ámbito de aplicación.<sup>33</sup> En efecto, el artículo 1 del proyecto restringe su alcance a las actividades que «[...] entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Puede decirse así que el daño contemplado se circunscribe, en primer lugar, a las «consecuencias físicas» perjudiciales que se cause a las personas, a los bienes o al medio ambiente. La Comisión ha interpretado este concepto con criterios muy exigentes, ya que, de acuerdo con lo indicado en el comentario del artículo, quedan excluidas de su ámbito tanto las actividades originarias que no tengan un carácter físico<sup>34</sup> como las consecuencias perjudiciales que no tengan un carácter estrictamente material (los perjuicios morales o de otra índole).<sup>35</sup>

Los daños causados deben tener, además, un alcance «transfronterizo», término por el que se entiende, de acuerdo con el artículo 2 d, «[...] el daño causado en el territorio o en

---

cuyo caso seguir utilizándolo sería una actividad que entrañaría un riesgo. O bien, el adelanto de los conocimientos científicos podría revelar la debilidad inherente de una estructura o material, lo que supondría un riesgo de fallo o de derrumbe, en cuyo caso los presentes artículos se podrían aplicar a la actividad de que se trate, de conformidad con sus disposiciones» (documento citado en la nota 14 bis, pp. 427-428, párrafo 15).

<sup>32</sup> La definición del «daño» cubierto también resulta relevante por las posibles implicaciones que este concepto puede conllevar con respecto a la ulterior determinación de la responsabilidad y la reparación de las pérdidas y perjuicios eventualmente producidos.

<sup>33</sup> Documento citado en la nota 14 bis, p. 410.

<sup>34</sup> El comentario del artículo 1 afirma así que: «El vínculo físico debe conectar la actividad con sus efectos transfronterizos. Esto supone una conexión de un tipo muy concreto, una consecuencia que surja o pueda surgir de la naturaleza misma de la actividad o situación de que se trate. Ello implica que las actividades comprendidas en estos artículos deben ser de carácter físico y que las consecuencias deben derivarse de ese carácter» (documento citado en la nota 14 bis, p. 428, párrafo 17).

<sup>35</sup> El comentario del artículo 1 afirma a este respecto que: «[...] el daño transfronterizo sensible ha de haber sido causado por las “consecuencias físicas” de esas actividades. La Comisión convino en que con el fin de dar a este tema un alcance razonable debía excluirse el daño transfronterizo que podían causar las políticas de los Estados en las esferas monetaria, socioeconómica u otras similares. La Comisión estima que la manera más eficaz de limitar el ámbito de aplicación de estos artículos es exigir que estas actividades tengan consecuencias físicas *transfronterizas que a su vez provoquen un daño sensible*» (documento citado en la nota 14 bis, p. 428, párrafo 16).

otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados involucrados fronteras comunes».

Esta definición supone una regresión manifiesta en relación con las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, que extienden la obligación de prevenir los daños «transfronterizos» no solamente a los causados a otros Estados sino, también, a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional. Esta obligación fue expresamente consagrada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva del 8 de julio de 1996, relativa a la licitud de la amenaza o empleo de armas nucleares, en la que afirmó tajantemente: «La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen al medio ambiente de otros Estados o *zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional* forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente».<sup>36</sup>

Por último, el daño transfronterizo causado debe tener un carácter «sensible», término que, pese a su vital importancia, no se define en el artículo 2 del proyecto. El comentario del mencionado artículo indica que hay que entender que «sensible» es algo más que «detectable», pero sin necesidad de alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial». El daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos.<sup>37</sup> El carácter sensible del daño transfronterizo deriva así tanto de su concreción material o física como de la envergadura de los efectos perjudiciales que produce. Sin embargo, el propio comentario del artículo indica que el término sensible no carece de ambigüedad y tiene un carácter evolutivo, por lo que habrá que interpretarlo en cada situación mediante un juicio de valor realizado en función del momento y de las circunstancias del caso.<sup>38</sup>

## 2.2. Los Estados interesados

«Se entiende por “Estados interesados” el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado» (artículo 2f).<sup>39</sup>

<sup>36</sup> «Licéité de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucléaires». Ob. cit., p. 242, párrafo 29. El destacado es nuestro.

<sup>37</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 430, párrafo 4.

<sup>38</sup> El comentario del artículo 2 afirma que «[...] la palabra “sensible”, aunque determinada por criterios reales y objetivos implica un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en el que se formulen ese juicio» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 432, párrafo 7).

<sup>39</sup> Puesto que las disposiciones del proyecto de artículos no se sitúan en el terreno de la responsabilidad internacional, el texto adoptado evita emplear las denominaciones usuales en ese marco (a saber, «Estado responsable» y «Estado lesionado»); las sustituye, más bien, por la referencia genérica a «Estados interesados».

### 2.2.1. El Estado de origen

La expresión «Estado de origen» se refiere al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades peligrosas de que se trata (artículo 2 d).

Aunque la expresión «jurisdicción o control de un Estado» es la fórmula más comúnmente utilizada en diversos instrumentos internacionales, el proyecto recoge tres criterios de atribución para la determinación del Estado de origen, a saber, «territorio», «jurisdicción» y «control». El criterio predominante para la determinación del Estado de origen es el elemento territorial, de tal modo que el territorio se toma como prueba concluyente y prevalente en la materia. Sin embargo, el proyecto de artículos también considera como Estado de origen a aquel bajo cuya jurisdicción se realizan las actividades de que se trata, aunque se lleven a cabo fuera de su territorio, como sucede, por ejemplo, con las actividades que tienen lugar en el espacio ultraterrestre o en altamar. En tal sentido, el comentario del proyecto de artículos afirma claramente que las obligaciones de prevención que pesan sobre el Estado de origen se aplican también a los buques que enarbolan su pabellón.<sup>40</sup> También se extiende la consideración del Estado de origen a las situaciones en las que este ejerce control sobre las actividades realizadas, aunque no posea una jurisdicción de iure reconocida como válida por el derecho internacional.

110

Un aspecto sobre el que el proyecto de artículos pasa como de puntillas es el relativo a la compleja cuestión de las actividades que producen un efecto perjudicial de carácter gradual o acumulativo, o tienen un origen difuso. En estos casos, que son bastante comunes en el área de la contaminación transfronteriza o de otras actividades que degradan el medio ambiente, la determinación de los Estados de origen de la actividad y el establecimiento de la relación de causalidad respecto del daño resultante resultan generalmente muy difíciles. El texto del artículo 2 del proyecto no contiene ninguna especificación adicional sobre la determinación del Estado de origen en estos casos, y el comentario de este se limita a afirmar que «[...] en casos de jurisdicción concurrente de más de un Estado sobre las actividades comprendidas en estos artículos, los Estados deberán cumplir individualmente, y cuando proceda, conjuntamente, las disposiciones de los mismos».<sup>41</sup> En estas condiciones, la determinación de los Estados de origen de las actividades de que se trata no queda preestablecida, por lo que deberá resolverse caso por caso.

<sup>40</sup> En relación con las actividades que tienen lugar en altamar, el comentario del artículo 1 del proyecto afirma textualmente: «[e]l ejemplo más común es la jurisdicción del Estado de pabellón sobre un buque» (documento citado en la nota 14 bis, p. 426, párrafo 10). Por lo que se refiere a los buques de pabellón extranjero que navegan por el mar territorial de un Estado ribereño, el comentario indica que: «En ese caso, si la actividad que origina un daño transfronterizo sensible procede del buque extranjero, es el Estado del pabellón y no el Estado del territorio el que debe cumplir las disposiciones de los presentes artículos» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 425, párrafo 8).

<sup>41</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 426, párrafo 12.

### 2.2.2. *El Estado que puede resultar afectado*

La expresión «Estado que pueda resultar afectado» designa «[...] el Estado en cuyo territorio existe el riesgo de daño transfronterizo sensible, o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que exista ese riesgo» (artículo 2e).

Esta definición comprende tres supuestos diferentes recogidos en el comentario correspondiente del proyecto. El primero sería el caso típico de una actividad realizada en el territorio de un Estado que produce efectos perjudiciales en el territorio de otro Estado (territorio-territorio); el segundo sería el supuesto de las actividades realizadas en el territorio de un Estado que tengan consecuencias perjudiciales en lugares sometidos a la jurisdicción de otro Estado, por ejemplo, en los buques o plataformas de otro Estado en altamar (territorio-jurisdicción); el tercero sería el caso de las actividades realizadas bajo la jurisdicción o control de un Estado —por ejemplo, por sus buques o plataformas en altamar— que produzcan efectos en el territorio de otro Estado (jurisdicción-territorio) o en lugares bajo su jurisdicción o control (jurisdicción-jurisdicción).<sup>42</sup> El proyecto señala también que «[p]uede haber más de un Estado que pueda resultar afectado en virtud de una actividad determinada»,<sup>43</sup> lo que sucede en los supuestos en los que los daños transfronterizos se producen en el territorio de más de un Estado o en lugares sometidos a la jurisdicción de varios Estados (buques o plataformas en altamar de diversos Estados).

Sin embargo, el proyecto guarda un silencio vergonzoso sobre los supuestos en que el resultado de las actividades peligrosas realizadas en un Estado causan daños en zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, que no quedan cubiertas por las disposiciones del proyecto. Como ya se ha dicho, esto constituye una carencia monumental e implica una regresión substancial en la configuración del deber de prevención reconocido en la práctica y la jurisprudencia internacionales. La exclusión de los daños causados a los espacios comunes resultaría menos criticable si el proyecto tratara de establecer mecanismos de responsabilidad, como era inicialmente su propósito, pero no resulta en absoluto justificado cuando se trata de configurar procedimientos preventivos destinados a minimizar el riesgo de producir daños sensibles.

## 3. Régimen aplicable a las actividades peligrosas

Sobre la base de las disposiciones anteriores, el proyecto configura un régimen detallado al que los Estados interesados deben someter las actividades peligrosas con el fin de prevenir o minimizar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. A tal efecto, el proyecto establece como instrumento central de este régimen un procedimiento de autorización previa obligatoria, y añade otras obligaciones adicionales con el objetivo de lograr un resultado equitativo.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 432, párrafo 9.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 433, párrafo 11.

### 3.1. Procedimiento de autorización

El requisito de la «autorización» previa por parte del Estado de origen de las actividades peligrosas constituye el elemento medular del procedimiento establecido y se enuncia con detalle en el artículo 8 del proyecto:

#### Artículo 8 Autorización

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

- a) Cualquier actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control;
- b) Cualquier cambio importante en una actividad mencionada en el apartado a);
- c) Cualquier plan de efectuar un cambio en una actividad que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.

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

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

112

#### ***3.1.1. Obligatoriedad de la autorización, evaluación del riesgo y notificación a los Estados interesados***

La autorización del Estado de origen resulta obligatoria para todas las actividades comprendidas en el proyecto de artículos, y deberá emitirse con carácter previo a la iniciación de las actividades. La autorización previa será también exigible en los casos en los que se produzca un «cambio importante» en la actividad o cualquier «plan de efectuar un cambio» en una actividad ya autorizada que pueda transformarla en otra comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos.<sup>44</sup> La autorización será también aplicable a las actividades iniciadas con anterioridad que resulten comprendidas en el proyecto de artículos, en cuyo caso la autorización será revisada a fin de que las actividades se ajusten a sus disposiciones.<sup>45</sup> Por último, la autorización exige también un seguimiento continuo por parte del Estado de origen a fin de vigilar la observancia de las condiciones establecidas, y si tales condiciones no se observan «[...] el Estado de origen tomará todas las medidas que resulten apropiadas, incluido, cuando sea necesario, el retiro de la autorización».

---

<sup>44</sup> Artículo 6.1 b y c.

<sup>45</sup> Artículo 6.2.

La autorización de las actividades por parte del Estado de origen debe basarse en la evaluación del riesgo de estas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del proyecto:

Artículo 7

Evaluación del riesgo

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

El artículo transcrito se refiere claramente no solo a la técnica de evaluación de impacto ambiental (EIA), consagrada por numerosos instrumentos y textos internacionales,<sup>46</sup> sino también a la evaluación de otros posibles daños transfronterizos que no tengan un carácter estrictamente ambiental. En todo caso, el comentario del artículo señala que «[l]a evaluación incluirá los efectos de la actividad, no sólo sobre las personas y los bienes, sino también sobre el medio ambiente de otros Estados. Se reconoce claramente la necesidad y la importancia de la protección del medio ambiente, independientemente de cualquier daño que puedan sufrir los seres humanos o los bienes».<sup>47</sup> Ello da pie a pensar que las actividades que entrañan riesgos de producir daños ecológicos a otros Estados (daño ecológico en sentido propio o per se) quedan también sometidos a los requisitos de evaluación previa establecidos en el artículo 7.

El artículo examinado no determina quién debe realizar la evaluación (aunque el comentario indica que será normalmente el explotador)<sup>48</sup> ni cuál debe ser su contenido, cuestiones ambas que se dejan al arbitrio del Estado de origen, que lo regulará por medio de su derecho interno. Tampoco se establece el umbral mínimo de las actividades que no requieren evaluación del riesgo por no tener una apariencia suficiente de peligrosidad; el comentario del artículo se limita a señalar ciertas «características generales» de estas que pueden resultar indicativas al respecto.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> En especial, en la Convención sobre Evaluación de Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, llevada a cabo en Spoo (Finlandia), el 25 de febrero de 1991, bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de la ONU (E/ECE/1250).

<sup>47</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 451, párrafo 8.

<sup>48</sup> El comentario del artículo 8 indica al respecto: «La cuestión de quién debe realizar la evaluación se deja a la discreción de los Estados; normalmente la evaluación se efectúa por explotadores que se atienen a ciertas directivas establecidas por los Estados. Estas cuestiones tendrían que ser resueltas por los propios Estados mediante su legislación interna o como partes en los instrumentos internacionales aplicables. No obstante, se supone que el Estado de origen designará una autoridad, gubernamental o no, que examine la evaluación en nombre del gobierno y asumirá las responsabilidades que se deriven de las conclusiones a que llegue esa autoridad» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 449, párrafo 5).

<sup>49</sup> El comentario afirma así: «Este artículo no obliga al Estado de origen a exigir una evaluación del riesgo de cualquier actividad que se realice en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control. Las actividades que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible

El Estado de origen tiene también la obligación de notificar e informar, antes del inicio de las actividades peligrosas, a los Estados que pueden resultar afectados por ellas,<sup>50</sup> de acuerdo con lo previsto en el artículo 8:

Artículo 8  
Notificación e información

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

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

Si el Estado de origen de las actividades no notifica e informa a los otros Estados interesados, cualquiera de estos que crea que dichas actividades pueden causarle un daño transfronterizo sensible podrá formular la consiguiente solicitud de notificación e información de forma motivada y documentada; y, si no obtuviera respuesta satisfactoria en un plazo razonable, los dos Estados entablarán sin demora consultas a fin de resolver la cuestión. El régimen de esta cuestión incidental relativa a la notificación e información, y a la evacuación de consultas al respecto viene recogido con detalle en el artículo 11 del proyecto:<sup>51</sup>

---

tienen ciertas características generales que pueden identificarse y proporcionar a los Estados indicaciones sobre cuáles de esas actividades pueden entrar dentro del ámbito de aplicación de los presentes artículos. Así, por ejemplo, el tipo de fuente de energía utilizada en la fabricación, la ubicación de la actividad y su proximidad a la zona fronteriza, etc., son indicios de la posibilidad de que esa actividad esté comprendida en el ámbito de estos artículos. Existen ciertas sustancias que algunas convenciones enumeran como peligrosas o de riesgo y cuyo uso en cualquier actividad puede por sí solo denunciar el riesgo de que esa actividad cause un daño transfronterizo sensible. Hay también convenios que enumeran las actividades que se suponen perjudiciales y que, por lo tanto, es posible que deban considerarse incluidas dentro del ámbito de esos artículos» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 451, párrafo 9).

<sup>50</sup> El comentario del artículo 8 explica que la obligación de notificar los riesgos sensibles generados por las actividades realizadas o autorizadas por los Estados constituye una regla bien establecida en la práctica diplomática, convencional y jurisprudencial, y su contenido ha sido perfilado por la práctica de algunas organizaciones internacionales (OCDE). Véase ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., pp. 452-454, párrafos 3 a 5.

<sup>51</sup> La suspensión eventual de la actividad por un periodo razonable, mientras se desarrollan las consultas relativas al deber de notificar, no implica la obligación de renunciar a su realización, aunque, en el caso de decidir continuarlas a pesar de todo, el Estado de origen deberá tener en cuenta los intereses del Estado que pueda resultar afectado, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 9.3.

## Artículo 11

### Procedimientos aplicables a falta de notificación

1. Si un Estado tiene motivos razonables para creer que una actividad que se proyecta o lleva a cabo en el Estado de origen puede entrañar un riesgo de causarle daño transfronterizo sensible, podrá solicitar al Estado de origen que aplique la disposición del artículo 8. La petición irá acompañada de una exposición documentada de sus motivos.
2. En caso de que el Estado de origen llegue, no obstante, a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 8, informará de esa conclusión al Estado solicitante dentro de un plazo razonable y le presentará una exposición documentada de las razones en que ella se funde. Si el Estado solicitante no está de acuerdo con esa conclusión, a petición de este Estado, los dos Estados entablarán sin demora consultas en la forma indicada en el artículo 9.
3. Durante las consultas, el Estado de origen deberá, a petición del otro Estado, disponer las medidas adecuadas y viables para minimizar el riesgo y, cuando proceda, suspender la actividad de que se trate por un período razonable.

Las disposiciones transcritas configuran con cierta generosidad el alcance de la obligación de notificación e información por el Estado de origen, ya que esta incluye la oportuna notificación del riesgo y de la evaluación realizada, así como la transmisión de «la información técnica disponible y toda otra información pertinente en que se base la evaluación».<sup>52</sup> El comentario del artículo explica que

[e]sa información se obtiene por lo general durante la evaluación de la actividad [y] supone que la información técnica resultante de la evaluación comprende no sólo lo que podría llamarse datos brutos, es decir, hojas de datos, estadísticas, etc., sino también el análisis de la información utilizado por el propio Estado de origen para determinar el riesgo de daños transfronterizos. La referencia a los datos disponibles incluye también los otros datos que puedan llegar a estar disponibles después de transmitir los datos inicialmente disponibles a los Estados que puedan resultar afectados.<sup>53</sup>

Solamente quedan excluidos del deber de información los datos que afecten a la seguridad nacional y a los secretos industriales, de acuerdo con la excepción general contenida en el artículo 14 del proyecto:

## Artículo 14

### Seguridad nacional y secretos industriales

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

<sup>52</sup> Artículo 8.2.

<sup>53</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., pp. 454-455, párrafo 6.

El proyecto deja a los Estados de origen la libertad de decidir cómo quieren informar a los Estados que pueden resultar afectados, aunque supone que ello se hará directamente por los canales diplomáticos. Los Estados que puedan resultar afectados deben responder a la notificación recibida dentro de un plazo que no exceda los seis meses, lo que, por lo general, se estima un tiempo suficiente para permitir a estos Estados evaluar los datos correspondientes y sacar sus propias conclusiones. Este requisito está supeditado a la cooperación y la buena fe,<sup>54</sup> y tiene por finalidad otorgar a los Estados que pueden resultar afectados un plazo de respuesta suficiente, así como garantizar al Estado que pretende autorizar la actividad que esta no se retrasará excesivamente.

### ***3.1.2. Consultas para lograr un resultado equitativo***

Los Estados interesados deben consultarse y cooperar en la adopción y aplicación de medidas preventivas basadas en soluciones equitativas en los términos previstos en el artículo 9 del proyecto:

#### Artículo 9

##### Consultas sobre las medidas preventivas

1. Los Estados interesados celebrarán consultas, a petición de cualquiera de ellos, con el objeto de alcanzar soluciones aceptables respecto de las medidas que hayan de adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Los Estados interesados acordarán, al comienzo de esas consultas, un plazo razonable para llevarlas a cabo.
2. Los Estados interesados deberán buscar soluciones basadas en un equilibrio equitativo de intereses a la luz del artículo 10.
3. Si de resultados de las consultas a que se hace referencia en el párrafo 1 no se llegare a una solución de común acuerdo, el Estado de origen deberá tener en cuenta, no obstante, los intereses del Estado que pueda resultar afectado en caso de que decida autorizar la realización de la actividad en cuestión, sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado.

La iniciación de consultas resulta, pues, obligatoria siempre que sea solicitada por cualquiera de los Estados interesados, ya sea motu proprio por el Estado de origen de la actividad o ya sea por cualquiera de los Estados que puedan resultar afectados. Las consultas podrán abarcar todas las cuestiones que se susciten, y tienen por objeto alcanzar una solución «aceptable» sobre las medidas que hayan de adoptarse para minimizar el riesgo de daño transfronterizo sensible. Las consultas deben concluirse en un plazo razonable, acordado cuando se inicien, y deben estar ordenadas a «buscar» soluciones aceptables basadas en un equilibrio equitativo de intereses. Debe resaltarse, sin embargo, que de acuerdo con lo indicado en el comentario del artículo 9, las expresión «soluciones

---

<sup>54</sup> Así lo afirma el comentario del artículo 8 (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 450, párrafo 9).

aceptables» significa, en realidad, «soluciones aceptadas» por las partes, lo que también se aplica a la fijación de un plazo «razonable» para el desarrollo de las consultas. En estas condiciones, el Estado de origen parece tener una posición privilegiada en el proceso de consultas, ya que sabe que sin su consentimiento no se le podrá imponer ni un plazo excesivo para el inicio de las actividades ni mucho menos un bloqueo definitivo de estas.

El comentario del artículo indica, sin embargo, que con el fin de mantener un equilibrio entre las partes las consultas no constituyen una simple formalidad que debe cumplir el Estado de origen ni atribuyen un derecho de veto sobre las actividades proyectadas en los Estados que puedan resultar afectados. En aplicación del principio de buena fe, que es parte integrante de toda obligación de consulta y negociación, «[...] las partes deben [...] tener en cuenta los legítimos intereses de cada una [...] con miras a llegar a una solución aceptable sobre las medidas que deban adoptarse para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo».<sup>55</sup> Estas medidas tendrán por objeto lograr un «equilibrio equitativo de intereses», para lo cual se tendrán en cuenta los «factores» enunciados en el artículo 10 del proyecto:

#### Artículo 10

##### Factores de un equilibrio equitativo de intereses

Para lograr un equilibrio equitativo de intereses a tenor del párrafo 2 del artículo 9, los Estados interesados tendrán en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, en particular:

- a) El grado de riesgo de daño transfronterizo sensible y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o reparar el daño;
- b) La importancia de la actividad, teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico para el Estado de origen en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado;
- c) El riesgo de que se cause daño sensible al medio ambiente y la disponibilidad de medios para prevenir ese daño o minimizar ese riesgo o rehabilitar el medio ambiente;
- d) La medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención;
- e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad;
- f) Las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable.

Los elementos que los Estados deben tener en cuenta en la búsqueda de un equilibrio equitativo de intereses son «todos los factores y circunstancias pertinentes», por lo que los ejemplificados en el texto no constituyen una lista cerrada ni mucho menos jerarquizada.

<sup>55</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., 456, párrafo 2.

Se trata únicamente de factores indicativos cuya aplicación e incidencia relativa deberán ponderar los Estados interesados en cada caso, y a los que podrán añadirse eventualmente otros factores y circunstancias pertinentes.

Los diversos factores y circunstancias recogidos en el texto pueden reunirse en tres grupos que responden a consideraciones afines. En primer lugar, deberán tenerse en cuenta tanto el grado de riesgo de daño transfronterizo sensible para las personas, los bienes o el medio ambiente de otros Estados, como la disponibilidad de medios para minimizar ese riesgo o reparar los daños (artículo 10 a y c). Estos factores parecen totalmente razonables y, sin duda, constituyen un elemento relevante en la búsqueda de un equilibrio equitativo de intereses. Conviene subrayar, sin embargo, que el proyecto desborda aquí sus propios límites al tomar en consideración, como elementos paliativos de la peligrosidad, no solamente la disponibilidad de medios que permitan prevenir o reducir el riesgo de daño, sino también la disponibilidad de medios que permitan «reparar» el daño a las personas o los bienes, o «rehabilitar el medio ambiente». Aunque el comentario insiste en la «importancia particular de la protección del medio ambiente» y evoca la vigencia del «principio de precaución» resulta muy dudoso que la referencia a la disponibilidad de medios para «rehabilitar» el medio ambiente constituya una aplicación ortodoxa de dicho principio.<sup>56</sup>

118

En segundo lugar, se establecen criterios de ponderación vinculados a la importancia del proyecto y a su viabilidad económica en el marco de un análisis costo-beneficio (artículo 10 b, d y e). A este respecto se toma en cuenta la importancia de la actividad para el Estado de origen teniendo en cuenta sus ventajas generales de carácter social, económico y técnico, en relación con el daño potencial para el Estado que pueda resultar afectado. También se toma en consideración la viabilidad económica de la actividad en relación con los costos de prevención y con la posibilidad de realizar la actividad en otro lugar o por otros medios, o de sustituirla por otra actividad. Y se menciona también la medida en que el Estado de origen y, cuando corresponda, el Estado que pueda resultar afectado estén dispuestos a sufragar los costos de prevención. Los criterios enunciados en este grupo no parecen establecer un reparto de costos y beneficios que resulte verdaderamente equitativo; por el contrario, reflejan una orientación más receptiva hacia los intereses económicos y sociales del Estado de origen que a los de los Estados que pueden resultar damnificados por una actividad peligrosa ajena. Lo anterior crea un riesgo para terceros en beneficio propio. En este contexto, resulta especialmente impertinente la referencia a la medida en que los Estados que puedan resultar afectados «[...] estén dispuestos a sufragar los costos de prevención», lo que representa un criterio de externalización de los costos poco compatible con las exigencias del principio de que «quien contamina paga»<sup>57</sup> y de la justicia distributiva sin más.

---

<sup>56</sup> Véase la Declaración sobre el medio ambiente y el desarrollo (Río de Janeiro, 14 de junio de 1992), principio 15.

<sup>57</sup> *Ibidem*, principio 16.

Lo mismo cabe decir del tercer grupo de factores que invitan a considerar «[...] las normas de prevención que el Estado que pueda resultar afectado aplique a la misma actividad o a actividades comparables y las normas aplicadas en la práctica regional o internacional comparable». No se sabe con claridad si se trata de un criterio de *asistencia técnica* al Estado víctima de los posibles daños —con el objetivo de mejorar sus normas de prevención— o de una *sanción* contra él por no poseer normas preventivas suficientemente desarrolladas y aplicables a las actividades que se realizan en su propio territorio o bajo su jurisdicción o control. En todo caso, resulta bastante dudoso que este criterio tenga un carácter verdaderamente equitativo como guía de las consultas entre las partes interesadas.

### 3.1.3. *Decisión final*

Aunque el texto del artículo 9.3 no sea totalmente explícito sobre este punto, no cabe duda de que, si las consultas terminan sin acuerdo, el Estado de origen queda libre de llevar a cabo la actividad peligrosa proyectada. El comentario del artículo afirma así que «[...] en general, el consentimiento de las partes en tomar medidas de prevención se expresará mediante algún tipo de acuerdo»,<sup>58</sup> y añade que:

El párrafo 3 trata de la posibilidad de que, pese a todos los esfuerzos, las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre medidas preventivas aceptables. Como se explica en el párrafo 3), el artículo establece un equilibrio entre dos consideraciones, una de las cuales es no conceder el derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. A este respecto, cabe recordar el laudo dictado en el asunto del *Lago Lanós*, en el que el tribunal señaló que en algunas situaciones la parte que pueda resultar afectada puede, en contra de la buena fe, paralizar los esfuerzos sinceros de negociación. A fin de tener en cuenta esta posibilidad, el artículo dispone que el Estado de origen pueda proseguir la actividad, ya que la falta de esta opción concedería de hecho un derecho de veto a los Estados que puedan resultar afectados. Aunque se le permite proseguir la actividad, el Estado de origen sigue obligado a tener en cuenta los intereses de los Estados que puedan resultar afectados. Después de las consultas, el Estado de origen es consciente de las preocupaciones de los Estados que puedan resultar afectados y está en una mejor situación para tomarlas seriamente en cuenta al realizar la actividad. La última parte del párrafo 3 protege los intereses de los Estados que puedan resultar afectados.<sup>59</sup>

La decisión final sobre la realización de las actividades peligrosas queda así jurídicamente en manos del Estado de origen, que verá prevalecer su derecho a explotar soberanamente sus recursos naturales sobre los intereses y derechos de los Estados que pueden resultar afectados a no sufrir daños transfronterizos sensibles. Como ya hemos indicado anteriormente, esta disposición parece particularmente inconveniente como pauta de comportamiento durante el proceso de consultas, ya que permite al Estado de origen afrontar las negociaciones en un plano de superioridad derivado de la premisa de que las

<sup>58</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 458, párrafo 5.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 459, párrafo 10.

actividades proyectadas solamente serán objeto de paralización o prohibición con su consentimiento. En cualquier caso, si las consultas terminan sin acuerdo, el Estado de origen podrá proseguir con la actividad peligrosa, pero «[...] deberá tener en cuenta los intereses del Estado que pueda resultar afectado [...] sin perjuicio de los derechos de cualquier Estado que pueda resultar afectado» (artículo 9.3).

El *caveat* relativo al deber del Estado de origen de tener en cuenta pese a todo «los intereses» del Estado que pueda resultar afectado suena como una admonición más ética que jurídica, con escasas probabilidades de aplicación efectivamente.<sup>60</sup> Por el contrario, la referencia a los «derechos» de cualquier Estado que pueda resultar afectado constituye una verdadera cláusula de salvaguarda, que tiene por objeto preservar cualesquiera derechos que, con independencia del proyecto de artículos, resulten de «los tratados pertinentes o [de] las normas del Derecho internacional consuetudinario» a las que se refiere expresamente el artículo 18.

### 3.2. Obligaciones adicionales

El régimen aplicable a las actividades peligrosas requiere también, como obligaciones adicionales, que se recabe la participación del público que pueda resultar afectado y que se establezcan previsiones para hacer frente a las situaciones de emergencia. En este punto, el proyecto de artículos sigue las modernas orientaciones del derecho internacional en la materia, recogidas *inter alia* en el principio 10 de la Declaración de Río, de 1992, y en la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, del 25 de junio de 1998.<sup>61</sup>

120

#### 3.2.1. Participación del público

La participación del público tiene tres niveles de ejercicio, a saber, el derecho a la información, el derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones y el derecho de acceso a la justicia. El proyecto de artículos se refiere a la información del público en el artículo 13, que recoge también parcialmente el derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones:

Artículo 13  
Información al público

Los Estados interesados deberán proporcionar, por los medios apropiados, al público que pueda resultar afectado por una actividad comprendida en el ámbito de aplicación

---

<sup>60</sup> Al no articularse medidas que garanticen su cumplimiento, la exigencia establecida parece quedar exclusivamente encomendada a la «buena fe» del Estado que realiza la actividad peligrosa.

<sup>61</sup> Adoptada en Aarhus (Holanda), bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de la ONU (ECE/CEP/43).

de los presentes artículos, la información pertinente relativa a esa actividad, el riesgo que entraña y el daño que pueda resultar, y consultarán su opinión.

La consideración del «público» al que se refiere esta disposición debe entenderse en un sentido amplio que abarca a «los individuos, los grupos de interés (organizaciones no gubernamentales) y los expertos independientes», así como al «público» en general, por el que se entiende «[...] las personas que no están organizadas en grupos ni se han afilado a grupos concretos». <sup>62</sup> La información que ha de proporcionarse al público es también bastante amplia, pues «[...] los datos que han de facilitarse comprenden la información sobre la actividad en sí, así como sobre la naturaleza y el alcance del riesgo, y los daños que comporta. Esa información figura en los documentos que acompañan a la notificación prevista en el artículo 8 o en la evaluación que haga el Estado que pueda resultar afectado, de conformidad con el artículo 11». <sup>63</sup> El público tendrá, pues, derecho a obtener toda la información relevante que obre en poder del Estado de origen y de los otros Estados interesados. Sin embargo, el comentario del artículo 13 subraya que esta información deberá darse «siempre que sea posible» <sup>64</sup> y «por los medios apropiados», <sup>65</sup> lo que implica sendas limitaciones de la obligación formulada.

El artículo 13 recoge también el derecho a participar en el proceso de adopción de las decisiones relativas a las actividades peligrosas que son objeto del procedimiento de autorización, al señalar *in fine* que «se consultará [la] opinión» del público que pueda resultar afectado. El comentario del artículo indica que «[...] está claro que la idea de facilitar información al público tiene por objeto que éste pueda informarse para luego conocer su opinión. Sin este segundo paso, el artículo carecería de sentido». <sup>66</sup> El propio comentario continúa indicando que «[...] hay muchas modalidades de participación en la adopción de decisiones» ya sea por medio de tribunales administrativos o judiciales, ya de grupos de ciudadanos interesados o mediante la celebración de reuniones o audiencias

<sup>62</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 474, párrafo 9.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 471, párrafo 2.

<sup>64</sup> El comentario del artículo 13 afirma que este «[...] requiere que los Estados, siempre que sea posible y por los medios apropiados, faciliten al público que pueda resultar afectado, de su propio Estado o de otros Estados, información relativa al riesgo que entrañe una actividad y a los daños que pudieran derivarse de ella, con el fin de conocer sus opiniones» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 471, párrafo 1. El destacado es nuestro).

<sup>65</sup> El comentario señala también que «[...] la obligación prevista en el artículo 13 e limita con la oración “por los medios apropiados”, que tiene por objeto dejar que los Estados, de conformidad con su derecho interno y su política oficial, decidan la manera de facilitar esa información en lo que respecta, por ejemplo, a si dicha información ha de proporcionarse a través de los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los organismos públicos o las autoridades locales. En el caso del público ubicado fuera de las fronteras del Estado, la información puede facilitarse, si corresponde, usando los buenos oficios del Estado interesado, si la comunicación directa no fuera factible o práctica» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 474, párrafo 9).

<sup>66</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 471, párrafo 1.

públicas o la celebración de consultas.<sup>67</sup> El comentario afirma asimismo que esta participación se puede «fomentar» y «debe facilitarse», pero añade que «[...] las exigencias de confidencialidad pueden afectar el grado de participación del público en el proceso de evaluación».<sup>68</sup>

El proyecto formula también el derecho del público a acceder a «los procedimientos judiciales o de otra índole» para defender sus derechos eventualmente afectados por las actividades peligrosas de que se trata, aunque lo hace de un modo algo sesgado al referirse a la «no discriminación»:

Artículo 15  
No discriminación

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

Este artículo sienta el principio básico de que el Estado de origen ha de garantizar el acceso a sus procedimientos judiciales y de otra índole sin discriminación por razón de la nacionalidad, la residencia o el lugar en que pueda ocurrir el daño. Sin embargo, el alcance de este derecho procesal no obsta a la posible exigencia de una caución de arraigo en juicio a los no residentes o extranjeros, a quienes se podría exigir prestar fianza como condición para recurrir al sistema judicial, a fin de cubrir las costas judiciales u otros gastos.<sup>69</sup> Además, el acceso sin discriminación a los procedimientos judiciales o de otra índole se configura en el proyecto como una «norma subsidiaria», y se alienta a los

<sup>67</sup> El examen de los datos y de la información sobre los que se tomarán las decisiones, así como la oportunidad de confirmar o rechazar la exactitud de los datos, el análisis y las consideraciones de orden político —ya sea por medio de tribunales administrativos o judiciales, ya de grupos de ciudadanos interesados—, son algunas de las maneras de participar en las decisiones. Esta forma de participación del público contribuye a propiciar los esfuerzos para impedir los daños ambientales y transfronterizos. Véase ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 474, párrafo 6.

<sup>68</sup> Se puede fomentar la participación del público mediante la celebración de reuniones o audiencias públicas. Debe darse al público la oportunidad de celebrar consultas y debe facilitarse su participación brindándole la información necesaria sobre la política, el plan o el programa propuestos que se estén examinando. Ahora bien, las exigencias de confidencialidad pueden afectar el grado de participación del público en el proceso de evaluación. Además, frecuentemente el público no participa, o lo hace mínimamente, en los intentos de determinar el alcance de las políticas, los planes o los programas [...]. La participación del público en el examen de un proyecto de documento o en la evaluación del efecto ambiental sería útil para obtener información sobre las preocupaciones relativas a las medidas propuestas, otras posibles soluciones y el impacto potencial en el medio ambiente (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 474, párrafo 9).

<sup>69</sup> El comentario del artículo 15 afirma al respecto: «No se pretende que esta obligación pueda

Estados interesados a ponerse de acuerdo sobre el establecimiento de «regímenes especiales» en los que se podría prever, en particular, «la manera de proteger los intereses de las personas afectadas en caso de daño transfronterizo sensible». La protección judicial de los intereses de las personas víctimas del daño se configura, así, como un derecho residual, que estará disponible a falta de otros «procedimientos especiales» acordados entre los Estados interesados.<sup>70</sup>

### 3.2.2. Intercambio de información

Una vez iniciada la actividad peligrosa, los Estados interesados están obligados a intercambiar la información pertinente para minimizar los riesgos de causar un daño transfronterizo sensible, en los términos previstos en el artículo 12 del proyecto:

#### Artículo 12

##### Intercambio de información

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

La obligación de información, «bastante usual» en las convenciones destinadas a prevenir o aminorar los daños ambientales y transfronterizos,<sup>71</sup> incumbe a todos los Estados interesados, es decir, tanto al Estado de origen como a aquellos que pueden resultar afectados.<sup>72</sup> La obligación se despliega a partir del momento en que se inicia la actividad peligrosa, pero se trata de una obligación continuada que se prosigue durante todo el

---

afectar a la práctica de algunos Estados que exigen a los no residentes o extranjeros prestar fianza como condición para recurrir al sistema judicial, a fin de cubrir las costas judiciales u otros gastos. Según este artículo, esa práctica no es “discriminatoria” y a ella se refieren las palabras “de conformidad con su ordenamiento jurídico”».

<sup>70</sup> En efecto, como señala el comentario del artículo 15: «Esta norma es subsidiaria, como indican sus palabras “salvo que los Estados interesados hayan acordado otra cosa”. En consecuencia, los Estados interesados pueden ponerse de acuerdo sobre la mejor manera de dar protección u otro remedio a las personas que puedan sufrir un daño sensible, por ejemplo, mediante un acuerdo bilateral. En virtud de los presentes artículos se alienta a los Estados interesados a convenir en un régimen especial para las actividades que entrañen el riesgo de daño transfronterizo sensible. En esos acuerdos los Estados pueden prever también la manera de proteger los intereses de las personas afectadas en caso de daño transfronterizo sensible. Las palabras “para la protección de los intereses de las personas” se utilizan para dejar claro que el artículo no pretende sugerir que los Estados puedan de común acuerdo decidir discriminar en cuanto al acceso a sus procedimientos judiciales o de otra índole o al derecho a indemnización. El acuerdo entre los Estados debe siempre tener por objeto proteger los intereses de las víctimas del daño».

<sup>71</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 469, párrafo 4.

<sup>72</sup> El comentario del artículo indica al respecto: «Normalmente, el Estado de origen tendrá

tiempo que dura la actividad e, incluso, después de que haya terminado si subsisten riesgos de daño transfronterizo sensible.<sup>73</sup>

El intercambio de información relevante se hará «oportunamente», lo que, de acuerdo con el comentario del artículo, significa «rápidamente», a fin de que haya tiempo suficiente para que los Estados interesados realicen consultas sobre medidas preventivas apropiadas, o los Estados que puedan resultar afectados tengan tiempo suficiente para adoptar medidas adecuadas.<sup>74</sup> El intercambio de información previsto podrá hacerse directamente entre los Estados interesados o por medio de las organizaciones competentes cuando el riesgo pueda afectar a un gran número de Estados.<sup>75</sup>

Como se ve, los perfiles de la obligación de intercambiar información aparecen bastante diluidos, por lo que el alcance de la obligación asumida se medirá, en cada caso concreto, a la luz del principio de diligencia debida que domina también durante la fase de realización de la actividad.

### ***3.2.3. Preparación y notificación de casos de emergencia***

El proyecto de artículos contiene también disposiciones relativas a las situaciones de emergencia, que se caracterizan por producirse de un modo inesperado, aunque no necesariamente totalmente imprevisto, y sobre todo por conllevar la amenaza de un daño grave.<sup>76</sup>

La primera obligación que los Estados asumen en relación con estas situaciones es la de elaborar planes de contingencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16:

---

conocimiento de esa información. Sin embargo, el Estado que pueda resultar afectado, cuando tenga alguna información que pueda ser útil con fines preventivos, deberá ponerla a disposición del Estado de origen» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 469, párrafo 3).

<sup>73</sup> El comentario del artículo indica al respecto: «El deber de prevención basado en el concepto de la diligencia debida no es algo que se realice de una vez para siempre, sino que requiere un esfuerzo continuado. Ello significa que la diligencia debida no acaba después de concederse la autorización para la actividad y de iniciarse ésta. Continúa en lo que se refiere a la vigilancia de la realización de la actividad, mientras ésta prosiga».

<sup>74</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 470, párrafo 5.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 470, párrafo 4.

<sup>76</sup> El comentario del artículo 17 explica que las situaciones de emergencia contempladas en el proyecto se caracterizan por una doble circunstancia, a saber, «la gravedad del daño, junto con el carácter repentino de la situación de emergencia» (véase *ibidem*, p. 484 párrafo 2). Por su parte, el comentario del artículo 16 es particularmente explícito en lo que se refiere al carácter «desastroso» y «grave» de las situaciones de emergencia, en particular por sus consecuencias para el medio ambiente: «El deber de evitar los desastres ambientales obliga a los Estados a adoptar medidas y procedimientos de seguridad a fin de reducir al mínimo la probabilidad de graves accidentes ambientales, tales como los de los reactores nucleares, los derrames de sustancias químicas tóxicas, los vertimientos de petróleo o los incendios forestales» (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 480, párrafo 1).

Artículo 16

Preparación para casos de emergencia

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

La obligación de adoptar medidas de anticipación más bien que de reacción frente a las situaciones de emergencia, y la necesidad de elaborar planes de contingencia, responden a una necesidad «plenamente reconocida». <sup>77</sup> El comentario del artículo señala que, aunque la responsabilidad primordial de la elaboración de planes de contingencia corresponde al Estado de origen de la actividad, en muchos casos puede ser apropiado prepararlos en cooperación con otros Estados que puedan resultar afectados y con las organizaciones internacionales competentes, <sup>78</sup> así como mediante la creación de comisiones conjuntas o mixtas. <sup>79</sup>

Las medidas de respuesta a las situaciones de emergencia requieren, además, la pronta notificación a los Estados que pueden resultar afectados, en los términos previstos en el artículo 17:

Artículo 17

Notificación de una emergencia

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

125

La obligación de notificar «sin demora y por los medios más rápidos de que disponga» pesa, así, sobre el Estado de origen de la actividad, y responde a una exigencia bien establecida en la práctica internacional en la materia. Ni el artículo transcrito ni su comentario contienen indicaciones adicionales sobre los detalles de esta obligación, que deberá cumplimentarse de acuerdo con las exigencias de la diligencia debida. Tampoco se hace referencia a otras posibles medidas reactivas que vayan más allá de la mera notificación e información, como sería el caso de la asistencia a las víctimas o la cooperación para remediar los daños causados.

Sí se señala, por el contrario, que la notificación de la emergencia sobrevenida no excluye la posible exigencia de la responsabilidad «civil» que pudiera derivarse de los daños causados. <sup>80</sup>

<sup>77</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 480, párrafo 1.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 481, párrafo 2.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 481, párrafo 3.

<sup>80</sup> Las situaciones de intervención urgente pueden ser el resultado de causas naturales o del comportamiento del hombre. Las medidas que han de tomarse a este respecto no deben redundar en perjuicio de las acciones por responsabilidad civil, cuyo tratamiento queda fuera del alcance de los presentes artículos.

## 4. Relación con otras normas de Derecho Internacional y solución de controversias

### 4.1. Relación con otras normas de Derecho Internacional

La relación del proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas con otras normas de derecho internacional aparece recogida en el artículo 18 que dice así:

Artículo 18

Relación con otras normas de Derecho Internacional

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

El texto del artículo es, sin duda, sucinto pero suficientemente explícito. Su objeto es señalar que las disposiciones sobre prevención contenidas en el proyecto no sustituyen a las normas de derecho internacional existentes en este ámbito —que continúan plenamente vigentes—, sino que formulan obligaciones adicionales para los Estados en los que el proyecto se aplique. El comentario afirma paladinamente que

[...] el Artículo 18 tiene por objeto dejar claro que los presentes artículos se entienden sin perjuicio de la existencia, aplicación o efecto de cualquier obligación de los Estados en virtud del derecho internacional relativa a una acción u omisión a la que estos artículos se aplican. Por lo tanto, del hecho de que una actividad quede incluida en el ámbito de los presentes artículos no debe inferirse la existencia o inexistencia de cualquier otra norma de derecho internacional relativa a tal actividad o a sus posibles o reales efectos transfronterizos.<sup>81</sup>

A diferencia del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, el proyecto sobre prevención de daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas parece autoconfigurarse como un «régimen especial» que se aplicará de modo complementario a las normas internacionales existentes en este campo. La compleja relación de las disposiciones del proyecto con las normas generales o particulares del derecho internacional es, sin embargo, objeto de un tratamiento sumario que pasa como de puntillas sobre las difíciles cuestiones que en este ámbito se plantean. El comentario se limita, así, a decir que

[I]a referencia en el artículo 18 a cualquier obligación de los Estados abarca tanto las obligaciones estipuladas por tratados como las obligaciones del derecho internacional consuetudinario. Igualmente abarca las normas de aplicación particular (ya se trate de una región determinada, ya de una actividad especificada) y las normas de alcance universal o general. Este artículo no tiene por objeto resolver todas las cuestiones relativas a futuros conflictos o a la superposición entre obligaciones convencionales

---

<sup>81</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Ob. cit., p. 485, párrafo 1.

y del derecho internacional consuetudinario y obligaciones en virtud de los presentes artículos.<sup>82</sup>

El artículo examinado parece querer indicar, sobre todo, que las disposiciones del proyecto relativo a la prevención de los daños transfronterizos no prejuzgan la aplicación de las normas existentes o que se desarrollen en el futuro en materia de responsabilidad y reparación de los daños causados. Pero cabe también interpretar que las medidas preventivas contenidas en él constituyen un régimen complementario de carácter esencialmente procedimental, que no deroga ni modifica la vigencia de las normas generales o particulares ya existentes en la materia.

## 4.2. Solución de controversias

El proyecto dedica sus últimas disposiciones a la cuestión de la solución de controversias. El artículo 19 diseña para tal efecto un esquema basado en la libre elección del medio de solución pacífico que las partes acuerden y, si el acuerdo no se produjese en un plazo de seis meses, el recurso obligatorio a una comisión de determinación de los hechos. Las disposiciones del artículo explican de modo detallado las modalidades para la elección de los miembros de la mencionada comisión pero, por lo que respecta al informe final de esta, se limitan a señalar que tiene un carácter puramente recomendatorio para las partes, que deberán considerarlo con arreglo a las exigencias de la buena fe. El apartado 6 del artículo 19 afirma: «La comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones y sus recomendaciones, que las partes en la controversia considerarán de buena fe». El escaso alcance del informe final queda claramente reflejado en las propias palabras del comentario del artículo que señala al respecto que

[e]l informe de la comisión debe, en general, constatar o aclarar «hechos». En la medida en que esto no presupone estimación o evaluación algunas, por lo general una vez determinados los hechos ya no cabe disputarlos. Los Estados interesados todavía pueden dar el peso que estimen adecuado a esos «hechos» a efectos de llegar a una solución de la controversia. Sin embargo, el artículo 19 exige que los Estados interesados, como mínimo, consideren de buena fe el informe de la comisión de determinación de los hechos.<sup>83</sup>

## 5. Conclusión

El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas cubre una nueva etapa en el difícil proceso de codificación de las reglas relativas a la responsabilidad de los Estados y a la reparación de los daños resultantes de actividades peligrosas pero no prohibidas por el derecho internacional.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 485, párrafo 2.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 488, párrafo 7.

El trabajo realizado por la CDI trata de esquivar los obstáculos frontales que plantea un terreno erizado de dificultades conceptuales y terminológicas —y respecto al que los Estados experimentan un claro desapego— mediante el establecimiento de los procedimientos de prevención que deben aplicarse cuando se emprenden actividades peligrosas que pueden causar daños transfronterizos sensibles. Esta orientación constituye seguramente una opción inteligente, y quizá la única posible, pero desgraciadamente deja en el camino diversos elementos que habían ya alcanzado un grado más avanzado de asentamiento en el derecho internacional contemporáneo.

Tal sucede, por ejemplo, con ciertos principios vertebradores del derecho internacional ambiental que el proyecto de artículos no recoge expresamente, tales como el principio de precaución o el principio de que quien contamina paga, proclamados en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (principios 15 y 16). Más grave es la reducción de su ámbito de aplicación a los daños físicos que tengan un carácter transfronterizo, por afectar al territorio o a otros lugares bajo la jurisdicción o el control de otros Estados. Esta delimitación reduccionista excluye la prevención y reparación de los daños causados a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional (altamar, zona internacional de fondos marinos, atmósfera, *global commons* en general). Ello constituye una regresión lamentable con respecto a un principio consolidado del derecho internacional contemporáneo, que ha sido proclamado con rotundidad por la Corte Internacional de Justicia. Por último, la búsqueda de un equilibrio equitativo entre los Estados interesados parece estar viciada por una orientación favorable al Estado de origen, que se ve beneficiado tanto por la consideración del carácter no prohibido de la actividad como por la proclividad a aceptar los llamados «riesgos del desarrollo». Lo malo es que estos riesgos no saben igual cuando uno es el Estado de origen de la actividad, que se beneficia de esta, que cuando es el Estado afectado por los daños eventuales, que lo convierten en simple víctima de actuaciones ajenas.

El proyecto de la CDI lava sus culpas al respecto al indicar, en el artículo 18, su carácter de *lex specialis* que no prejuzga la eventual aplicación de las obligaciones internacionales existentes en la materia, tanto de fuente convencional como consuetudinaria. Desde esta perspectiva, los procedimientos preventivos establecidos en el proyecto de artículos no excluirían la eventual reclamación de la responsabilidad por acto ilícito en que pudiera incurrir el Estado autor de la actividad peligrosa causante de un daño transfronterizo.<sup>84</sup>

En la actualidad, la CDI —a solicitud de la Asamblea General—<sup>85</sup> continúa trabajando sobre la segunda parte de este tema (que constituía su mandato inicial), relativa a la

<sup>84</sup> Una visión del problema, desde la perspectiva del derecho administrativo, en ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

<sup>85</sup> Véase A/RES/56/82, Informe de la Comisión de derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.ª periodo de sesiones, del 18 de enero de 2002. En el punto 3 de la resolución, la Asamblea

responsabilidad y a la compensación de las pérdidas resultantes de los daños transfronterizos resultantes de actividades no prohibidas por el derecho internacional. Esperemos que este nuevo eslabón de la cadena cierre de un modo más equitativo y razonable el proceso de codificación de las normas sobre la responsabilidad internacional, cuya culminación está resultando tan larga y penosa.

---

General «[...] pide a la Comisión de derecho Internacional [...] que reanude su examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el Derecho internacional y las observaciones de los Gobiernos». En su A/RES/57/21, Informe de la Comisión de derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54.<sup>a</sup> periodo de sesiones, del 21 de enero de 2003, la Asamblea General «[...] toma nota de la decisión de la Comisión de derecho Internacional de proseguir su labor sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», como pidió la Asamblea General en su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001 [...]».