



Asamblea General

Distr. general
13 de junio de 2013
Español
Original: inglés

Sexagésimo octavo período de sesiones

Tema 83 de la lista preliminar*

Examen de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño

Examen de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño

Compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales

Informe del Secretario General

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	2
II. Extractos de decisiones relativas a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 62/68) y a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 61/36).....	3

* A/68/50.



I. Introducción

1. El presente informe se ha elaborado conforme a la resolución 65/28 de la Asamblea General, en que esta solicitó al Secretario General que presentara una compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 62/68) y a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 61/36) aprobados por la Comisión de Derecho Internacional.

2. En 2001, la Comisión, dentro del subtema titulado “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, incluido en el tema “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, que se incorporó por primera vez a su programa de trabajo en 1978, concluyó y aprobó un conjunto de 19 proyectos de artículo sobre la prevención y recomendó a la Asamblea que elaborara una convención basada en el proyecto de artículos. En su resolución 56/82, la Asamblea General expresó su reconocimiento por la valiosa labor realizada sobre la cuestión de la prevención. En cumplimiento de una solicitud contenida en esa misma resolución, en 2002, la Comisión reanudó su labor sobre los aspectos relacionados con la responsabilidad, dentro del subtema titulado “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”. En 2006, la Comisión concluyó y aprobó un proyecto que contenía ocho principios sobre la asignación de la pérdida y recomendó a la Asamblea que hiciera suyo el proyecto de principios mediante una resolución e instara a los Estados a que adoptasen disposiciones en el ámbito interno y en el internacional para llevarlos a efecto.

3. En su resolución 61/36, la Asamblea tomó nota de los principios y los señaló a la atención de los gobiernos. Asimismo, en su resolución 62/68, la Asamblea señaló los artículos a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse, según había recomendado la Comisión. Además, señaló una vez más los principios a la atención de los gobiernos. Por otro lado, se invitó a los gobiernos a que presentaran sus observaciones sobre las medidas que pudieran adoptarse, especialmente sobre la forma de los respectivos artículos y principios, teniendo presentes las recomendaciones formuladas por la Comisión al respecto, en particular, sobre la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos, así como sobre las prácticas relacionadas con la aplicación de los artículos y principios. El informe del Secretario General que incluye las observaciones y los comentarios presentados por los gobiernos figura en los documentos A/65/184 y Add.1. De manera similar, en su resolución 65/28, la Asamblea General señaló los artículos y los principios, respectivamente, a la atención de los gobiernos.

4. En una nota verbal de fecha 19 de enero de 2011, el Secretario General llamó la atención de los gobiernos hacia la resolución 65/28. Mediante una nota verbal de fecha 15 de agosto de 2012, el Secretario General invitó a los gobiernos a que presentaran, a más tardar el 31 de enero de 2013, cualquier información (incluidas copias de decisiones) relativa a casos en que hubieran alegado los artículos o los principios ante cortes, tribunales y otros órganos internacionales o se hubieran remitido a ellos. Se recibió información de los Países Bajos y de Qatar.

5. Al preparar la presente compilación, se recuerda que la Comisión, cuando elaboró el proyecto de artículos, tuvo presente el mandato que se le había encomendado de codificar y desarrollar el derecho internacional, mientras que con respecto a los principios, se reconoció que tenían carácter general y residual. El proyecto de principios se concibió como una declaración no vinculante, puesto que se consideró que era más probable que se cumpliera el objetivo de una aceptación amplia de las disposiciones sustantivas si el resultado final adoptaba esa forma. La Comisión centró su atención en la formulación del fondo del proyecto de principios como un conjunto coherente de normas de conducta y de prácticas. La Comisión no trató de determinar la situación actual de los diferentes aspectos del proyecto de principios en el derecho internacional consuetudinario y no se pretendió que esa cuestión resultara afectada por la manera en que se formulara dicho proyecto.

6. La secretaría ha examinado la jurisprudencia de las diferentes cortes, tribunales y otros órganos internacionales y ha observado solo cinco decisiones en que se invocó el proyecto de artículos. La presente compilación se ha elaborado basándose en esas decisiones de la Corte Internacional de Justicia (2), el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (2) y la Corte Permanente de Arbitraje (1). Al preparar el informe, la secretaría examinó las compilaciones oficiales de decisiones, la información suministrada en los sitios web y fuentes secundarias. La información solicitada a que se refiere el párrafo 4 no aportó ningún dato sobre la jurisprudencia o las alegaciones. Los gobiernos que respondieron normalmente indicaron que no conocían ningún caso en que hubieran alegado los artículos sobre la prevención o los principios o en que se hubieran remitido a ellos. Sin embargo, como se observa en parte de la jurisprudencia, algunos de cuyos párrafos se reproducen en la sección II, el proyecto de artículos en general, o alguna de sus disposiciones, fue invocado por algunos Estados en los litigios en los que intervinieron. En la jurisprudencia también figuran ejemplos de textos anteriores del proyecto de artículos que se citaron antes de su aprobación final por parte de la Comisión en 2001. En la jurisprudencia no aparece ningún caso en que se invocaran los principios.

7. Los cinco asuntos señalados por la secretaría figuran en la sección II. En algunos de ellos se invocó el proyecto de artículos de forma expresa, mientras que en otros se hizo implícitamente al tratar el fondo de la cuestión.

II. Extractos de decisiones relativas a los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 62/68) y a los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 61/36)

Corte Internacional de Justicia

8. En la opinión disidente de 1995 en la *Solicitud de examen de la situación de conformidad con el párrafo 63 del fallo dictado por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en la causa relativa a los ensayos nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)*,

providencia de 22 de septiembre de 1995, ante la Corte Internacional de Justicia¹, el Magistrado Sir Geoffrey Palmer se refirió al proyecto de artículos sobre la prevención antes de que la Comisión de Derecho Internacional lo aprobara.

9. Al determinar si las alegaciones respecto de los hechos en materia ambiental eran suficientemente sólidas *prima facie* para examinar el fallo dictado en 1974, en particular si un cambio en los hechos pertinentes había aumentado el riesgo de contaminación nuclear, la opinión disidente hizo referencia al proyecto de artículo 2 a), en que se definía el “riesgo de causar un daño transfronterizo sensible”, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, para respaldar un criterio que permitiera determinar el cálculo del riesgo². El Magistrado Palmer dijo lo siguiente:

68. Es necesario tener en cuenta varios factores para determinar si Nueva Zelandia cumplió el criterio *prima facie* [...], lo cual permitiría llegar a la conclusión de que se ha alterado el fundamento del fallo dictado en 1974 y que este se debería examinar. Esos factores son los siguientes:

- El carácter extremadamente peligroso de las explosiones nucleares y la peligrosidad de los desechos que producen;
- El período de tiempo durante el que algunos de los materiales nucleares siguen siendo peligrosos, que se cifra en decenas de miles de años o más;
- La fragilidad de la estructura del atolón y el efecto acumulado de un gran número de explosiones nucleares en esa estructura;
- El hecho de que los atolones no pueden aislarse del medio marino y se les debe considerar parte integrante del ecosistema oceánico;
- El elevado número de ensayos que se han realizado en una zona reducida;
- La proximidad de los ensayos al medio marino;
- Las elevadas cantidades de desechos nucleares peligrosos actualmente acumulados en los polígonos de ensayos;
- Los riesgos de que la radiación penetre en la cadena trófica mediante el plancton, el atún y otros peces;
- Los riesgos de que se produzcan nuevas fisuras y se quiebre parte de la estructura del atolón como consecuencia de la realización de más ensayos.

69. No cabe duda de que Francia ha realizado actividades que han modificado profundamente el medio natural de los polígonos de ensayos en el Pacífico. Esas operaciones se han llevado a cabo de forma deliberada y se han desarrollado bajo control científico, especialmente de científicos franceses. Pero las repercusiones involuntarias de las acciones humanas intencionadas a menudo son las más importantes. El carácter de los riesgos inherentes a la

¹ *I.C.J. Reports 1995*, págs. 288 y ss., en especial pág. 381.

² Cuando la Comisión aprobó definitivamente el proyecto de artículos sobre la prevención, se mantuvo sin variación alguna la definición y el comentario al respecto anteriormente indicados. Véase *Anuario ... 2001*, vol. II (Segunda parte), págs. 156 a 158.

propia actividad exigiría actuar con prudencia. Sería necesario encontrar medios para calcular esos riesgos a fin de determinar si Nueva Zelanda ha cumplido el criterio. Considero que ese cálculo debería incluir varios elementos:

- La amplitud del riesgo de daño perceptible a causa de la contaminación nuclear en las circunstancias en cuestión;
- La probabilidad de que el riesgo se materialice;
- La utilidad y los beneficios de la conducta que se examina, es decir, los ensayos nucleares realizados por Francia;
- El costo de las medidas necesarias para prevenir el riesgo.

70. En mi opinión, lo que se requiere conforme al criterio que debería aplicar la Corte es un análisis de los riesgos y los beneficios. Se deben sopesar los riesgos de la actividad, la probabilidad del daño, la utilidad de la actividad y las medidas necesarias para eliminar el riesgo. Esta operación se asemeja al cálculo del análisis del riesgo que se lleva a cabo en el marco de la normativa sobre responsabilidad civil en algunas jurisdicciones del *common law* [se omiten las referencias]. Pero se ha considerado que, con algunas modificaciones, se trata de una herramienta analítica apropiada para medir la cuestión objeto de examen.

71. Es probable que la contaminación radiactiva, si se produce, tenga graves consecuencias para el medio marino. Se debe considerar que la magnitud del riesgo de que se ocasione ese daño es significativa teniendo en cuenta la fuerza destructiva de las explosiones nucleares y la posibilidad de que se produzcan diversos incidentes o situaciones anormales durante la larga vida de las sustancias peligrosas. Los costos de la prevención del riesgo en este caso son reducidos y consisten en que Francia aporte una evaluación del impacto ambiental plenamente verificable en el ámbito científico de conformidad con las prácticas modernas en materia ambiental que demuestre que los ensayos propuestos no producirán contaminación nuclear. Sin duda alguna, Francia y Nueva Zelanda tendrían opiniones muy distintas acerca de la utilidad de los ensayos nucleares, pero es razonable pensar que los ensayos adicionales propuestos no pueden tener gran valor teniendo en cuenta el número de los ya realizados. Su valor marginal es cada vez menor, suponiendo que tengan alguno. Si se aplicara de esta forma el cálculo del análisis del riesgo, en mi opinión y a la vista de los hechos, Nueva Zelanda habría cumplido el criterio *prima facie*.

72. El criterio que aquí se propone se inspira en cierta medida en el reciente trabajo realizado por la Comisión de Derecho Internacional, que ha indicado que a los efectos del proyecto de artículos que estaba examinando, el “riesgo de causar un daño transfronterizo sensible” se refiere al “efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y a la magnitud de los efectos perjudiciales” (informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46° período de sesiones, 2 de mayo a 22 de julio de 1994, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/49/10)*, pág. 317).

10. A fin de aclarar las normas que debían aplicarse a la controversia, la opinión disidente también se refirió a la rapidez con que había evolucionado y se había desarrollado la normativa internacional en materia de medio ambiente en general y de los ensayos nucleares en particular entre 1974 y 1995. En conjunto, el Magistrado Palmer trató de demostrar, entre otras cosas, que el derecho ambiental internacional había evolucionado rápidamente y tendía a ofrecer una protección integral del medio ambiente natural, que había adoptado un enfoque cada vez más restrictivo con respecto a la regulación de la radiación nuclear y que se podría haber desarrollado una norma de derecho internacional consuetudinario en virtud de la cual se requeriría una evaluación del impacto ambiental cuando las actividades pudieran tener un efecto significativo sobre el medio ambiente. Considerada en su conjunto, la evolución de la normativa era suficiente para cumplir el criterio *prima facie* conforme al cual las circunstancias jurídicas se habrían modificado lo suficiente como para respaldar el examen de la causa de 1974.

11. A ese respecto, en primer lugar, la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de artículos relativos a la prevención se mencionó con carácter más general, como parte de un examen de la evolución del proceso de elaboración de las convenciones y de la jurisprudencia, en los siguientes términos:

81. Ahora bien, en el ámbito del derecho ambiental internacional son muy escasas las decisiones con fuerza obligatoria. Esa esfera se encuentra muy lejos de la profusión de normas de derecho convencional que han surgido en los más de 20 años que han transcurrido desde que se sustanció esta causa. En el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46º período de sesiones (2 de mayo a 22 de julio de 1994), respecto de la “Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/49/10)*, págs. 288 y ss.), se puede encontrar un análisis útil sobre la naturaleza de algunas de estas cuestiones, tema que ha sido examinado a fondo por la Comisión desde 1978 sin llegar a un resultado definitivo. En su labor, la Comisión concede prioridad a la prevención de las actividades que corren el riesgo de causar un daño transfronterizo.

12. En segundo lugar, la opinión disidente se refirió al proyecto de artículos prestando atención especial al derecho internacional relativo a los peligros radiactivos, en particular la normativa internacional emergente sobre la evaluación del impacto ambiental y su aplicación a los hechos de la causa:

87. En este punto, el Sr. D. J. MacKay, de Nueva Zelandia, pasó a desarrollar esta parte de la argumentación y se refirió a la aplicación de la normativa internacional emergente sobre la evaluación del impacto ambiental y del principio de precaución a los hechos en cuestión. En ambos aspectos, la normativa ha variado enormemente y ello sirve de apoyo a la opinión según la cual se ha visto afectado el fundamento del fallo de la Corte. Se ha alegado que otras partes que podrían haberse visto afectadas por los riesgos tienen derecho a conocer en qué consisten los estudios realizados para la evaluación del impacto ambiental, a proponer estudios adicionales y a verificar por sí mismas las conclusiones de esos estudios. Según la normativa actualmente en vigor, antes de realizar una actividad existe la obligación jurídica de determinar que esa actividad no implica un riesgo inaceptable para el medio

ambiente. La evaluación del impacto ambiental simplemente establece un procedimiento para garantizar que se cumple esa obligación jurídica internacional. Nueva Zelandia hizo referencia a varios instrumentos internacionales, incluido el artículo 205 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en que se mencionaba explícitamente la evaluación del impacto ambiental.

88. Conforme al artículo 12, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en el transcurso de sus debates, la Comisión ha decidido que antes de realizar actividades que entrañen un riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible,

“los Estados velarán [...] por que se proceda a determinar el riesgo de que la actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados”³.

El Convenio de Numea, anteriormente mencionado, también contiene en su artículo 16 la obligación expresa de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de ejecutar grandes proyectos que puedan afectar al medio marino. El artículo 12 de ese Convenio es todavía más explícito al establecer la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación que pueda proceder del ensayo de artefactos nucleares en la zona de aplicación del Convenio.

13. El proyecto de artículo 12 sobre la determinación del riesgo, en su versión modificada, se convirtió finalmente en el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre la prevención, aprobado en segunda lectura, y quedó redactado de la siguiente forma:

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.

14. La cuestión del alcance y el contenido de la evaluación del impacto ambiental también fue objeto de examen por parte de la Corte Internacional de Justicia en 2010 en el fallo relativo a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*⁴. Esa causa se refería a una controversia entre la Argentina y el Uruguay con respecto a supuestos incumplimientos por parte de este último país de las obligaciones contraídas en virtud del Estatuto del Río Uruguay, tratado firmado por la

³ *Proyecto de artículo 12 (aprobado provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional en su 46º periodo de sesiones):*

Los Estados velarán, antes de adoptar la decisión de autorizar una de las actividades a que se refiere el artículo 1, por que se proceda a determinar el riesgo de que la actividad cause un daño transfronterizo sensible. Esa determinación comprenderá una evaluación de los posibles efectos de esa actividad sobre las personas o los bienes y sobre el medio ambiente de otros Estados.

Véase el *Anuario ... 1994*, vol. II (Segunda parte), pág. 176.

⁴ *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14.

Argentina y el Uruguay el 26 de febrero de 1975. La Corte, entre otras cosas, examinó la relación entre la necesidad de realizar una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad prevista podía ocasionar daños a un recurso compartido y un daño transfronterizo y las obligaciones que incumbían a las partes en virtud del artículo 41 a) y b) del Estatuto de 1975. Las partes en la controversia estaban en desacuerdo acerca del alcance y el contenido de la evaluación del impacto ambiental y se invocó el proyecto de artículos sobre prevención para justificar el alcance limitado de esa evaluación en el derecho internacional, cuyo objeto no era evaluar riesgos remotos o puramente teóricos:

203. [...] Las partes están de acuerdo en la necesidad de realizar una evaluación del impacto ambiental. La Argentina alega que, consideradas en su conjunto, las obligaciones establecidas en el Estatuto de 1975 imponen el deber de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de autorizar a Botnia para que construya la planta. El Uruguay también acepta que le incumbe esa obligación. Sin embargo, las partes no están de acuerdo respecto del alcance y el contenido de la evaluación del impacto ambiental que debería haber realizado el Uruguay por lo que se refiere al proyecto de la planta de celulosa Orión (Botnia). La Argentina aduce, en primer lugar, que el Uruguay no veló por que se realizaran “evaluaciones completas del impacto ambiental con anterioridad a su decisión de autorizar la construcción” y, en segundo lugar, que “las decisiones adoptadas por el Uruguay se basaban en evaluaciones ambientales que no eran satisfactorias”, en particular porque el Uruguay no tuvo en cuenta todo el impacto potencial de la planta, aun cuando lo exigían el derecho y la práctica internacionales, y se refiere en ese contexto al Convenio de 1991 sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (en adelante, el Convenio de Espoo), de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (*United Nations Treaty Series*, vol. 1989, pág. 309), y a las Metas y Principios para la Evaluación del Impacto Ambiental, de 1987, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante, las “Metas y Principios del PNUMA”) (*UNEP/WG.152/4 Annex (1987)*, documento aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA en su 14º período de sesiones (Dec. 14/25 (1987)). El Uruguay admite que, de conformidad con la práctica internacional, era necesaria una evaluación del impacto ambiental de la planta Orión (Botnia), pero alega que el derecho internacional no impone ninguna condición respecto del contenido de esa evaluación, para la que debe seguirse un procedimiento nacional y no internacional, al menos cuando el proyecto en cuestión no sea común a varios Estados. Según el Uruguay, de conformidad con la práctica de los Estados y el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001, el único requisito que le impone el derecho internacional es que se deben evaluar los posibles efectos perjudiciales transfronterizos del proyecto en los seres humanos, los bienes y el medio ambiente de otros Estados, sin que se requiera evaluar riesgos remotos o puramente teóricos.

204. En opinión de la Corte, a fin de que las partes cumplan debidamente las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 41 a) y b) del Estatuto de 1975, a los efectos de proteger y preservar el medio acuático con respecto a actividades que puedan ocasionar daños transfronterizos, deben realizar una

evaluación del impacto ambiental. Como señaló la Corte en la causa relativa a la *Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos*,

“Hay situaciones en las que la intención de las partes en el momento mismo de la celebración del tratado ha sido, o puede presumirse que ha sido, conferir a los términos empleados —o a algunos de ellos— un significado o un contenido evolutivo y no intangible, en particular para tener en cuenta la evolución del derecho internacional” (*Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 242, párr. 64).

Así pues, la obligación de proteger y preservar, enunciada en el artículo 41 a) del Estatuto, debe ser interpretada de conformidad con una práctica que en estos últimos años ha obtenido una aceptación tan amplia entre los Estados que actualmente puede considerarse que existe, en derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada puede tener un importante impacto perjudicial en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido. Además, no se podría considerar que una parte ha cumplido su obligación de diligencia, y el deber de vigilancia y prevención que dicha obligación implica, si, cuando prevé realizar una obra suficientemente importante como para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas, no ha procedido a una evaluación del impacto ambiental que permita apreciar los eventuales efectos de su proyecto.

205. La Corte observa que ni el Estatuto de 1975 ni el derecho internacional general precisan el alcance y el contenido de las evaluaciones del impacto ambiental. Señala además que la Argentina y el Uruguay no son partes en el Convenio de Espoo. Finalmente, la Corte señala que el otro instrumento citado por la Argentina en apoyo de su argumento, a saber, las Metas y Principios del PNUMA, no es vinculante para las partes, pero, en tanto que se trata de directrices establecidas por un organismo técnico internacional, debe, de conformidad con el artículo 41 a), ser tenido en cuenta por cada parte cuando adopte medidas en el marco de su reglamentación interna. Además, dicho instrumento solo dispone que “los efectos sobre el medio ambiente deberían evaluarse, en una evaluación del impacto ambiental, a un nivel de detalle correspondiente a la probable importancia desde el punto de vista del medio ambiente” (principio 5), pero no especifica en modo alguno los elementos que tal evaluación debe por lo menos contener. Consiguientemente, la Corte estima que incumbe a cada Estado determinar, en el marco de su legislación nacional o del proceso de autorización del proyecto, el tenor exacto de la evaluación del impacto ambiental requerida en cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza y la amplitud del proyecto de que se trate y su probable impacto negativo en el medio ambiente, así como la necesidad de ejercer toda la diligencia debida cuando proceda a tal evaluación. La Corte estima asimismo que una evaluación del impacto ambiental debe llevarse a cabo antes de la puesta en práctica del proyecto. Además, una vez que hayan comenzado las operaciones, se llevará a cabo una vigilancia continua de los efectos del proyecto en el medio ambiente, que, de ser necesario, continuará durante toda la vida del proyecto.

15. La Corte también examinó el papel de la evaluación del impacto ambiental en el cumplimiento de las obligaciones de fondo de las partes, en particular si, en el marco de una evaluación del impacto ambiental, se habría debido consultar, o si de

hecho se consultó, a las poblaciones que podían resultar afectadas, es decir, las poblaciones ribereñas uruguayas y argentinas:

215. Las partes no están de acuerdo en la medida en que se consultó a las poblaciones que podían resultar afectadas por la construcción de la planta Orión (Botnia), especialmente las poblaciones ribereñas argentinas, durante la realización de la evaluación del impacto ambiental. Si bien ambas partes convienen en que la consulta a las poblaciones afectadas debería formar parte de la evaluación del impacto ambiental, la Argentina afirma que el derecho internacional impone a los Estados obligaciones concretas a ese respecto. En apoyo de ese argumento, la Argentina se refiere a los artículos 2.6 y 3.8 del Convenio de Espoo, al artículo 13 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001⁵, y a los principios 7 y 8 de las Metas y Principios del PNUMA. El Uruguay considera que las disposiciones invocadas por la Argentina no pueden servir de fundamento jurídico de una obligación de consultar a las poblaciones afectadas y añade que, en todo caso, fueron consultadas.

216. La Corte opina que de los instrumentos invocados por la Argentina no se desprende ninguna obligación jurídica de que las partes consulten a las poblaciones afectadas.

217. Con respecto a los hechos, la Corte señala que antes y después de que se concediera la autorización ambiental inicial, el Uruguay llevó a cabo actividades destinadas a consultar a las poblaciones afectadas, tanto entre las poblaciones ribereñas argentinas como entre las poblaciones ribereñas uruguayas. [La Corte citó algunos ejemplos de actividades que se habían realizado].

219. A la vista de todo lo indicado, la Corte concluye que el Uruguay sí consultó a las poblaciones afectadas.

16. Anteriormente, la Corte había examinado el supuesto incumplimiento de obligaciones procesales, incluidas las obligaciones de las partes tras finalizar el periodo de negociación. A ese respecto, una de las partes invocó el carácter residual del proyecto de artículos como reflejo del derecho internacional consuetudinario. La Corte interpretó las obligaciones de la siguiente manera:

151. El artículo 12 indica que si las partes no llegaran a un acuerdo dentro del plazo de 180 días, se observará el procedimiento indicado en el capítulo XV.

El capítulo XV consta de un solo artículo, el artículo 60, cuyo texto es el siguiente:

“Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto que no pudiese solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las Partes, a la Corte Internacional de Justicia.

⁵ *Artículo 13 Información al público*

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

En los casos a que se refieren los artículos 58 y 59, cualquiera de las Partes podrá someter toda controversia sobre la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto a la Corte Internacional de Justicia, cuando dicha controversia no hubiese podido solucionarse dentro de los ciento ochenta días siguientes a la notificación aludida en el artículo 59”.

152. Según el Uruguay, el Estatuto de 1975 no concede a una de las partes un “derecho de veto” sobre los proyectos iniciados por la otra. Además, el Uruguay no considera que haya una “obligación de no construcción” impuesta al Estado que ponga en marcha el proyecto hasta que la Corte se haya pronunciado sobre la controversia. Asimismo, el Uruguay señala que la existencia de esa obligación permitiría a una parte bloquear un proyecto vital para el desarrollo sostenible de la otra, lo cual sería incompatible con la utilización óptima y racional del río. Por el contrario, para el Uruguay, en ausencia de disposiciones concretas en el Estatuto de 1975, habría que remitirse al derecho internacional general, conforme se refleja en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, de 2001 (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, vol. II, segunda parte); en concreto, el proyecto de artículo 9, párrafo 3, relativo a las “Consultas sobre las medidas preventivas”, establece que “si de resultados de las consultas [...] 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 [...]”.

153. La Argentina, por su parte, alega que, en virtud del artículo 12 del Estatuto de 1975, la Corte se convierte en la instancia que toma la decisión final cuando las partes no llegan a un acuerdo dentro de los 180 días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11. Señala asimismo que, conforme al artículo 9 del Estatuto, interpretado a la luz de los artículos 11 y 12 y teniendo en cuenta su objeto y finalidad, si la parte notificada opusiere objeciones, la otra parte no podrá realizar ni autorizar la realización de la obra en cuestión hasta que haya concluido el procedimiento contemplado en los artículos 7 a 12 y la Corte se haya pronunciado sobre el proyecto. Por consiguiente, la Argentina considera que durante el procedimiento de resolución de la controversia ante la Corte, el Estado que pretenda realizar la obra no puede iniciarla y obligar a la otra parte a enfrentarse a una situación de hechos consumados.

Además, la Argentina afirma que la cuestión del “veto” suscitada por el Uruguay está fuera de lugar, puesto que ninguna de las partes puede imponer su posición respecto de las obras de construcción y, en último término, corresponderá a la Corte resolver la controversia, si las partes están en desacuerdo, mediante una decisión que tendrá valor de cosa juzgada. Según la Argentina, podría decirse que el Uruguay no tiene otra opción más que llegar a un acuerdo con aquel país o esperar a que se resuelva la controversia. La Argentina también alega que, al llevar a cabo la construcción y puesta en servicio de la planta y el puerto de Orión (Botnia), el Uruguay ha incumplido de forma continuada las obligaciones procesales que le incumben en virtud del capítulo II del Estatuto de 1975.

154. La Corte observa que la pretendida “obligación de no construcción”, que incumbiría al Uruguay entre el fin del período de negociación y la decisión de la Corte, no figura expresamente en el Estatuto de 1975 y tampoco se deriva de sus disposiciones. El artículo 9 solo prevé tal obligación durante la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto.

Además, el Estatuto no prevé que, en caso de que el desacuerdo entre las partes acerca de la actividad proyectada persista al término del período de negociación, corresponda, como pretende la Argentina, que la Corte, a solicitud del Estado interesado, decida si autoriza o no la actividad en cuestión. La Corte subraya que, si bien el Estatuto de 1975 le atribuye competencia para resolver toda controversia relativa a su interpretación o aplicación, no la inviste de la función de autorizar o no en última instancia las actividades proyectadas. Consiguientemente, el Estado de origen del proyecto puede, al fin del período de negociación, proceder a la construcción a su propio riesgo.

La Corte no puede respaldar la interpretación del artículo 9 según la cual estaría prohibida toda construcción hasta que la Corte se pronuncie conforme a los artículos 12 y 60.

155. El artículo 12 no impone a las partes la obligación de someter la cuestión a la Corte, sino que les ofrece la posibilidad de hacerlo una vez que ha finalizado el período de negociación. Por consiguiente, el artículo 12 no puede modificar los derechos y obligaciones de la parte interesada mientras la Corte no se haya pronunciado definitivamente al respecto. La Corte considera que esos derechos incluyen el de ejecutar el proyecto bajo la responsabilidad exclusiva de dicha parte, puesto que el período de negociación ha finalizado.

156. En su providencia de 13 de julio de 2006, la Corte consideró que la construcción de las plantas en el emplazamiento actual no podía reputarse como creadora de un hecho consumado (*Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), medidas provisionales, providencia de 13 de julio de 2006, I.C.J. Reports 2006*, pág. 133, párr. 78). Así pues, al pronunciarse sobre el fondo de la controversia entre las partes, la Corte es el garante final del respeto del Estatuto de 1975 por dichas partes.

157. La Corte concluye que al Uruguay no le incumbía ninguna “obligación de no construcción” después de la expiración del período de negociación previsto en el artículo 12, que tuvo lugar el 3 de febrero de 2006, fecha en la cual las partes determinaron que habían fracasado las negociaciones emprendidas en el marco del GTAN (véase el párrafo 40). Consiguientemente, el comportamiento ilícito del Uruguay (constatado en el párrafo 149 *supra*) no podía extenderse más allá de esa fecha.

17. Al examinar cuestiones de fondo relativas a las obligaciones de coordinar medidas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y prevenir la contaminación y preservar el medio acuático establecidas en los artículos 36 y 41 del Estatuto de 1975, la Corte, como parte de las observaciones generales sobre el contenido normativo de esos artículos, aludió implícitamente a la naturaleza de la obligación de diligencia debida que figuraba en el proyecto de artículos sobre prevención. La Corte afirmó lo siguiente:

183. Se recuerda que el artículo 36 dispone que “las Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia”.

184. La Corte estima que las partes no pueden cumplir esta obligación aisladamente, mediante actos individuales. El respeto de esta obligación exige una acción concertada, por intermedio de la Comisión. [...]

[...]

186. Las partes también se muestran en desacuerdo con respecto a la naturaleza de la obligación contemplada en el artículo 36 y, en particular, sobre si se trata de una obligación de comportamiento o de resultado. La Argentina alega que, atendiendo a su sentido estricto, tanto el artículo 36 como el artículo 41 del Estatuto de 1975 establecen una obligación de resultado.

187. La Corte considera que la obligación formulada en el artículo 36 incumbe a las dos partes y les impone adoptar un comportamiento específico consistente en tomar las medidas necesarias de manera coordinada, por intermedio de la Comisión, para evitar cualquier alteración del equilibrio ecológico. La obligación de adoptar medidas reglamentarias o administrativas, sea de manera individual o conjunta, y de ponerlas en práctica, es una obligación de comportamiento. Por consiguiente, ambas partes deben, en aplicación del artículo 36, demostrar la diligencia debida actuando en el marco de la Comisión a fin de tomar las medidas necesarias para la preservación del equilibrio ecológico del río.

[...]

197. [...] La obligación de “preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas” impone ejercer la diligencia debida con respecto a todas las actividades que se desarrollen bajo la jurisdicción y el control de cada una de las partes. Dicha obligación implica la necesidad no solo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino también de ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades emprendidas por dichos operadores, con el fin de preservar los derechos de la otra parte. Por consiguiente, la responsabilidad de una parte en el Estatuto de 1975 se vería comprometida si se demostrara que no había actuado con la diligencia debida, por no haber tomado todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de la reglamentación pertinente a un operador público o privado sujeto a su jurisdicción.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar

18. La naturaleza y alcance de la obligación de diligencia debida fue objeto de un análisis más en profundidad en la opinión consultiva dictada el 1 de febrero de 2011 relativa a las *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades en relación con las actividades en la Zona*. En esta ocasión, se solicitó a la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar que diera su opinión sobre las responsabilidades y obligaciones

jurídicas de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en lo que respecta al patrocinio de actividades en la Zona de conformidad con la Convención, en particular la parte XI, y el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982. La Sala determinó que las disposiciones clave relativas a las obligaciones de los Estados patrocinadores eran el artículo 139, párrafo 1; el artículo 153, párrafo 4 (especialmente la última oración); y el anexo III, artículo 4, párrafo 4, de la Convención (especialmente la primera oración), observando que el aspecto central de la cuestión planteada se refería al significado de las expresiones “obligación de garantizar” u “obligación de procurar” que figuran en el artículo 139, párrafo 1, y el anexo III, artículo 4, párrafo 4, de la Convención. En su análisis, en el que se invocó el proyecto de artículos, la Sala afirmó lo siguiente:

108. La “obligación de garantizar” hace referencia a una obligación del Estado patrocinador que le incumbe en virtud del derecho internacional. Dicha obligación establece un mecanismo mediante el cual las normas de la Convención relativas a las actividades en la Zona, aunque constituyen derecho convencional y vinculan por tanto únicamente a los sujetos de derecho internacional que las han aceptado, pasan a ser efectivas para los contratistas patrocinados, cuyas actividades encuentran su fundamento jurídico en el derecho interno. Este mecanismo consiste en la creación de obligaciones que los Estados partes deben cumplir ejerciendo su poder sobre entidades de su nacionalidad y bajo su control.

[...]

110. La obligación del Estado patrocinador de “garantizar” no es una obligación de obtener, en cada uno de los casos, el resultado de que el contratista patrocinado cumpla las obligaciones antes señaladas. Más bien, se trata de una obligación de desplegar los medios adecuados, de esforzarse cuanto se pueda, de hacer lo máximo posible para lograr este resultado. Para utilizar la terminología al uso en derecho internacional, puede decirse que se trata de una obligación “de comportamiento” y no “de resultado”, y es una obligación de “diligencia debida”.

111. Las nociones de obligación “de diligencia debida” y obligación “de comportamiento” están conectadas. Tal conclusión se desprende claramente del fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*: “La obligación de adoptar medidas reglamentarias o administrativas [...] y de ponerlas en práctica es una obligación de comportamiento. Por consiguiente, ambas partes deben, en aplicación del artículo 36 [del Estatuto del Río Uruguay], demostrar la diligencia debida actuando en el marco de la Comisión [del Río Uruguay] a fin de tomar las medidas necesarias para la preservación del equilibrio ecológico del río” (párrafo 187 del fallo).

112. La expresión “garantizar” suele utilizarse en los instrumentos jurídicos internacionales para referirse a obligaciones respecto de las cuales, si bien no se considera razonable responsabilizar al Estado por cada una de las violaciones que cometan quienes están sujetos a su jurisdicción, tampoco se estima satisfactorio confiar en la mera aplicación del principio de que el comportamiento de personas o entidades privadas no puede atribuirse al

Estado en virtud del derecho internacional (véanse los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado, comentario del artículo 8, párrafo 1).

19. A fin de esclarecer en mayor medida el significado de la expresión “garantizar”, la Sala citó ejemplos procedentes del artículo 194, párrafo 2, y el artículo 139 de la Convención. Por otra parte, la Sala observó que:

115. En el fallo que dictó en la causa relativa a las *Planta de celulosa en el río Uruguay*, la Corte Internacional de Justicia ilustra el significado de una obligación convencional específica que había calificado de “obligación de actuar con la diligencia debida” en los términos siguientes:

Dicha obligación implica la necesidad no solo de adoptar las normas y medidas apropiadas, sino también de ejercer cierto grado de vigilancia en su aplicación, así como en el control administrativo de los operadores públicos y privados, por ejemplo, asegurando la vigilancia de las actividades emprendidas por dichos operadores [...] (párrafo 197).

116. La Comisión de Derecho Internacional ofrece indicaciones similares en su comentario del artículo 3 de sus artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobados en 2001. Según el artículo 3, el Estado de origen de las actividades que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo “adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”. En el comentario se afirma que:

La obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida. La conducta del Estado de origen es la que determinará si este 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 [...] 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 (párrafo 7).

117. El contenido de las obligaciones de “diligencia debida” no puede describirse fácilmente en términos precisos. Entre los factores que dificultan tal descripción destaca el hecho de que la “diligencia debida” es un concepto variable. Puede cambiar con el tiempo ya que medidas consideradas suficientemente diligentes en un determinado momento pueden convertirse en no suficientemente diligentes atendiendo, por ejemplo, a nuevos conocimientos científicos o tecnológicos. También pueden cambiar en relación con los riesgos que conlleva la actividad [...].

20. En su opinión separada en la causa relativa a las *Actuaciones con respecto a la fábrica MOX (Irlanda c. Reino Unido)*, orden de 3 de diciembre de 2001, el Magistrado Anderson, pese a compartir plenamente el razonamiento del Tribunal sobre las principales cuestiones sustantivas, declaró que la orden no había ido suficientemente lejos en sus conclusiones sobre la preservación de los derechos y la prevención de daños graves al medio marino. El Magistrado citó los proyectos de artículo 1 y 3 del proyecto sobre prevención, sin profundizar más en el tema, al expresar su postura de que la orden del Tribunal podría haber ido más allá y

pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la preservación de derechos planteadas por el demandante y los “daños graves al medio marino”, en el sentido del artículo 290, párrafo 5, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En la parte pertinente observó que:

En sus alegaciones principales, el demandante solicitó el equivalente de una orden que impidiera *pendente lite* que el demandado autorizara el inicio de las actividades de producción de la fábrica MOX el 20 de diciembre de 2001 — solicitud que el Tribunal desestimó claramente. No se discute que la fábrica se encuentra en el territorio del Reino Unido y, por tanto, bajo su soberanía. A tenor del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, la planta realizará “actividades no prohibidas por el derecho internacional”. Conforme a lo establecido en la Convención sobre el Derecho del Mar, la planta entra dentro del ámbito de lo previsto en el artículo 193, que dispone:

Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.

El funcionamiento de la fábrica implica un procedimiento en seco, aunque, como resultado indirecto de las labores normales de limpieza, es de esperar que dé lugar a la introducción de cantidades muy pequeñas de sustancias líquidas y gaseosas en el medio marino del mar de Irlanda por dos vías: en primer lugar, a través de una estructura de desagüe en el sentido del artículo 207 y, en segundo término, a través de la atmósfera, por lo que sería de aplicación el artículo 212.

La cuestión que se plantea al Tribunal es si se producirían daños irreparables a alguno de los derechos que el demandante alega conforme a los artículos 123, 192 a 194, 197, 206, 207, 211, 212 y 213 como consecuencia del presunto incumplimiento por el demandado de las obligaciones que esos artículos le imponen. Esos derechos se definieron, en términos generales, como el derecho a garantizar que el mar de Irlanda no se vea sometido a contaminación radiactiva adicional; los derechos procesales que obligan al demandado a elaborar declaraciones de impacto ambiental apropiadas; y el derecho a la cooperación y coordinación en lo que respecta a la protección del mar de Irlanda como mar semicerrado.

Tribunal constituido mediante la Corte Permanente de Arbitraje

21. En su declaración en la *Controversia relativa al acceso a información conforme al artículo 9 del Convenio OSPAR entre Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, laudo definitivo, decisión de 2 de julio de 2003*, el profesor W. Michael Reisman, al decidir no sumarse a la interpretación mayoritaria del artículo 9 1) del Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste de 1992 (“Convenio OSPAR”), citó, entre otros, el proyecto de artículo 5 de los artículos sobre prevención y el correspondiente comentario. En la parte pertinente afirmó que:

6. [...] Las palabras “se asegurarán de que sus autoridades competentes estén obligadas a”, que el Tribunal debería ignorar si atendiera las pretensiones de Irlanda, hacen que el artículo 9 1) imponga una obligación de ajustar el derecho interno en el sentido prescrito mediante la introducción de determinados recursos institucionales, para los que se establecen criterios específicos. El artículo 9 1) no está formulado en términos que establezcan una obligación en el plano internacional de proporcionar información, de modo que el cumplimiento de esa obligación en casos concretos esté sujeta a la jurisdicción de un Tribunal establecido en virtud del artículo 32.

7. Da la impresión de que esta simple interpretación del artículo 9 1) no solo refleja su objeto y fin sino que da lugar a un modo razonable y económico de cumplir las obligaciones dimanantes del artículo 9 2) y 3).

[...]

12. El resultado de la interpretación del artículo 9 que en mi opinión se impone es coherente con una práctica no infrecuente en materia de tratados según la cual los Estados deben realizar ajustes en su derecho interno y, en la medida en que lo hagan debidamente, se entiende que han cumplido sus obligaciones convencionales. La Comisión de Derecho Internacional ha tenido la ocasión de examinar esta práctica en el curso de su labor sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. El artículo 5 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema dispone:

Los Estados interesados adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias, incluido el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados, para aplicar las disposiciones de los presentes artículos.

13. En el tercer párrafo de su comentario sobre esta disposición, la Comisión de Derecho Internacional señaló lo siguiente:

Decir que los Estados deben adoptar las medidas necesarias no significa que deban ellos mismos intervenir en las cuestiones operacionales relativas a las actividades a las que se aplica el artículo 1. *Cuando esas actividades son realizadas por particulares o empresas, la obligación del Estado se limita a establecer el marco normativo adecuado y a aplicarlo de conformidad con los presentes artículos. La aplicación de ese marco normativo en cada caso concreto será entonces cuestión de administración ordinaria o, en el caso de controversias, incumbirá a los tribunales competentes, asistidos del principio de no discriminación contenido en el artículo 15 (en cursiva en el original).*