



Asamblea General

Distr. general
23 de junio de 2016
Español
Original: inglés

Septuagésimo primer período de sesiones

Tema 80 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. Decisiones relativas a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 62/68) y 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)	4

* A/71/50.



I. Introducción

1. El presente informe se ha preparado de conformidad con la resolución 68/114 de la Asamblea General, en la que la Asamblea 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 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, bajo el subtítulo “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 General la elaboración de una convención sobre la base del proyecto de artículos. En su resolución 56/82, la Asamblea expresó su reconocimiento por la valiosa labor realizada sobre la cuestión de la prevención. En respuesta a una solicitud que figuraba en la misma resolución, en 2002, la Comisión reanudó su labor sobre los aspectos relacionados con la responsabilidad, bajo el subtítulo “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”. En 2006, la Comisión concluyó y aprobó un conjunto de ocho proyectos de principio sobre la asignación de la pérdida y recomendó a la Asamblea que aprobara el proyecto de principios mediante una resolución e instara a los Estados a que adoptaran medidas nacionales e internacionales para aplicarlos.

3. En su resolución 61/36, la Asamblea General tomó nota de los principios y los señaló a la atención de los gobiernos. 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. También señaló una vez más los principios a la atención de los gobiernos. Además, 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 los principios. Tras haber examinado en su sexagésimo quinto período de sesiones las observaciones recibidas de los gobiernos¹, la Asamblea, en su resolución 65/28, invitó a los gobiernos a que presentaran nuevas observaciones. En la misma resolución, la Asamblea también solicitó al Secretario General que presentara una compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos y los principios. En su sexagésimo octavo período de sesiones, la Asamblea examinó las observaciones recibidas de los gobiernos y la compilación presentada por la Secretaría². En su resolución 68/114, la Asamblea invitó de nuevo a que se presentaran observaciones y solicitó otra vez una compilación.

¹ A/65/184 y Add.1.

² A/68/170 y A/68/94, respectivamente.

4. En notas verbales de fecha 13 de enero de 2014 y 24 de diciembre de 2015, el Secretario General señaló a la atención de los gobiernos la resolución 68/114 y los invitó a que presentaran, a más tardar el 31 de mayo de 2016, cualquier información (incluidas copias de decisiones) respecto de los casos en que se hubieran alegado los artículos o los principios, o se hubiera recurrido a ellos, ante cortes, tribunales u otros órganos internacionales. Se recibió una comunicación de Australia, que indicó que no había recurrido a los artículos o los principios, pero sí se había referido a una versión anterior de los artículos en su solicitud de 1995 de intervención conforme a lo dispuesto en el artículo 62 del Estatuto 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)*³.

5. La presente compilación, que abarca las decisiones emitidas entre 2013 y junio de 2016, debe considerarse a la luz de la recomendación formulada por la Comisión de que la Asamblea General elaborase una convención basada en los artículos⁴. Por otro lado, la Comisión presentó los principios, que consideraba que tenían carácter general y residual, como una declaración no vinculante, ya que entendía que adoptando esa forma era más probable que se alcanzara el objetivo de una aceptación general de las disposiciones sustantivas. La Comisión se centró en la formulación del fondo del proyecto de principios como un conjunto coherente de normas de conducta y de práctica. A diferencia de su práctica con los artículos, la Comisión no trató de determinar la situación actual de los diversos aspectos de los principios en el derecho internacional consuetudinario. La manera en que se formuló el proyecto de principios era independiente de esa cuestión⁵.

6. La Secretaría ha señalado cuatro casos en el período señalado en los que un órgano pertinente o sus miembros integrantes abordaron cuestiones relativas a los artículos y los principios: dos causas de la Corte Internacional de Justicia y dos casos ante tribunales constituidos mediante la Corte Permanente de Arbitraje⁶. En

³ *Application for permission to intervene under the terms of Article 62 of the Statute submitted by the Government of Australia*, 23 de agosto de 1995, párr. 35, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/97/13317.pdf>, en que Australia declaró que se podía afirmar que “los proyectos de artículo 1 [Ámbito de aplicación de los presentes artículos], 2 [Términos empleados], 12 [Determinación del riesgo] y 14 [Medidas para prevenir o aminorar el riesgo] aprobados provisionalmente por la Comisión de Derecho Internacional en 1994 en relación con la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional también son reflejo de los principios del derecho internacional consuetudinario de los que se derivan esas obligaciones específicas [...]”. Véase también el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 168.

⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 155, párr. 94.

⁵ Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 65 a 67.

⁶ Puesto que la causa *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)* se resolvió de manera amistosa y fue retirada de la lista del registro de la Corte Internacional de Justicia antes del juicio oral (véase *Order of 13 September 2013, I.C.J. Reports 2013*, pág. 278), no se ha incluido en la compilación. Sin embargo, cabe señalar que, en sus comunicaciones escritas, ambas partes se refirieron reiteradamente a los artículos y los principios; véanse la memoria del Ecuador (28 de abril de 2009), vol. 1, párrs. 8.1 a 8.70, 8.80 a 8.83 y 10.40 a 10.46; la contramemoria de Colombia (29 de marzo de 2010), vol. 1, párrs. 8.9, 8.19 a 8.30, 8.40 (nota 863 de pie de página), 8.45 a 8.112 y 8.122; la réplica del Ecuador (31 de enero 2011), vol. 1, párrs. 6.1 a 6.8 y 6.29 a 6.90; y la contrarréplica de Colombia (1 de febrero de 2012), vol. 1, párrs. 4.89 y 4.91

ninguno de los casos la corte o el tribunal se refirió a los artículos o principios directamente, aunque varios magistrados de la Corte Internacional de Justicia lo hicieron en sus opiniones separadas. La Corte Internacional de Justicia se remitió de manera consistente a su propia jurisprudencia, mientras que los tribunales constituidos mediante la Corte Permanente de Arbitraje principalmente invocaron la jurisprudencia judicial y arbitral internacional para apoyar sus conclusiones. No obstante, esos casos pueden arrojar luz sobre la interpretación y la aplicación de los artículos y los principios. También pueden servir de base a los debates sobre el mantenimiento de la pertinencia de los artículos y los principios y la forma que pueden adoptar en el futuro. En la sección II se resumen, y en ocasiones se reproducen, elementos de las decisiones que se refieren a cuestiones tratadas en los artículos y los principios.

II. Decisiones relativas a los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (que figuran en el anexo de la resolución 62/68) y 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

7. En su opinión separada en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelandia)*, fallo de 31 de marzo de 2014⁷ ante la Corte Internacional de Justicia, la Magistrada *ad hoc* Hilary Charlesworth insistió en que el artículo VIII de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, que imponía condiciones sobre el uso de métodos letales en investigaciones científicas sobre las ballenas, debía interpretarse a la luz del “criterio de precaución”. Si bien la Magistrada *ad hoc* Charlesworth no hizo referencia a los artículos o los principios directamente, su definición de “criterio de precaución” como “la evitación de actividades que puedan poner en peligro el medio ambiente incluso ante la incertidumbre científica sobre los efectos directos o indirectos de esas actividades”⁸ se parecía mucho al principio de precaución, en el que se basan el artículo 7, sobre la evaluación del riesgo⁹, el artículo 10 c), sobre el riesgo de que se cause daño sensible como uno de los factores para lograr un equilibrio equitativo de intereses¹⁰, y el principio 5 b), sobre las medidas de respuesta cuando sobrevenga un incidente¹¹. La Magistrada *ad hoc* Charlesworth citó la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, incluidas la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*¹², la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*¹³ y la

(estos documentos se pueden consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ee&case=138&code=ecol&p3=1>).

⁷ *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 453.

⁸ *Ibid.*, pág. 455, párr. 6.

⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 168.

¹⁰ *Ibid.*, págs. 173 y 174.

¹¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 93 y 94.

¹² Fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 78, párr. 140.

¹³ Fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 71, párr. 164, y pág. 83, párr. 204.

opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad¹⁴, para llegar a la conclusión de que “los tratados sobre el medio ambiente deberían interpretarse, siempre que sea posible, utilizando el criterio de precaución, independientemente de la fecha de su aprobación”¹⁵.

8. En su providencia de 13 de diciembre de 2013 en los procedimientos acumulados *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua); Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) (medidas provisionales)*¹⁶, la Corte Internacional de Justicia consideró admisible que Nicaragua reclamara un “derecho a verse libre de daños transfronterizos [...] derivado del derecho del Estado a la soberanía y la integridad territorial” y “un derecho a recibir una evaluación del impacto ambiental transfronterizo”. Aunque la Corte invocó su propia jurisprudencia en lugar de los artículos y los principios para apoyar su razonamiento¹⁷, sus conclusiones se adecúan claramente a lo dispuesto en el artículo 3, sobre la prevención, y en el artículo 8, sobre la notificación e información, respectivamente¹⁸.

9. En su fallo de 16 de diciembre de 2013 sobre el fondo en la causa relativa a *Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua); Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*¹⁹, la Corte Internacional de Justicia examinó varias cuestiones estrechamente relacionadas con los artículos y los principios. A los efectos de la presente compilación, las partes pertinentes del fallo se referían a las denuncias de Costa Rica sobre los efectos transfronterizos de las actividades de dragado llevadas a cabo por Nicaragua en el curso bajo del río San Juan y las alegaciones de Nicaragua de que la construcción de una carretera a lo largo del río San Juan por parte de Costa Rica violaba varias obligaciones dimanantes del derecho internacional del medio ambiente. Al evaluar las reclamaciones de las partes, la Corte distinguió entre “obligaciones de procedimiento”, incluidas la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental y la obligación de notificar y consultar, y “obligaciones sustantivas relativas a los daños transfronterizos”. Si bien la Corte no hizo referencia a los artículos y los principios explícitamente, varios magistrados invocaron directamente elementos tanto de los unos como de los otros en sus opiniones separadas²⁰.

10. Con respecto a la “obligación de procedimiento” de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, la Corte señaló que las partes convinieron en sentido amplio en “la existencia en el derecho internacional general de la obligación

¹⁴ Opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, pág. 31, párr. 53.

¹⁵ *I.C.J. Reports 2014*, págs. 226 y ss., en especial pág. 456, párr. 9.

¹⁶ *I.C.J. Reports 2013*, pág. 398.

¹⁷ *Ibid.*, págs. 403 y 404, párr. 19, citando *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 241 y 242, párr. 29, y *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 83, párr. 204.

¹⁸ Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 163 a 165 y págs. 170 y 171.

¹⁹ Fallo de 16 de diciembre de 2015, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18848.pdf>.

²⁰ Véase *infra*, párrs. 22 a 28.

de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental con respecto a las actividades realizadas en el ámbito de la jurisdicción del Estado que corran el riesgo de causar daños sensibles a otros Estados, particularmente en zonas o regiones con condiciones ambientales compartidas²¹. En el artículo 7, sobre la evaluación del riesgo²², se contempla una obligación similar. Invocando su propia jurisprudencia, la Corte confirmó que la obligación de ejercer la diligencia debida requiere que los Estados lleven a cabo una evaluación del impacto ambiental cuando exista un riesgo de daño transfronterizo sensible:

104. Como tuvo ocasión de subrayar la Corte en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*:

“El principio de prevención, como norma consuetudinaria, tiene su origen en la diligencia debida que se exige a un Estado en su territorio. 'Todo Estado tiene la obligación de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados' (causa del *Canal de Corfú (Reino Unido c. Albania)* (fondo), fallo, *I.C.J. Reports 1949*, pág. 22). Por lo tanto, los Estados están obligados a utilizar todos los medios a su disposición para evitar actividades que tengan lugar en su territorio o en cualquier zona bajo su jurisdicción que causen daños sensibles al medio ambiente de otro Estado” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, págs. 55 y 56, párr. 101).

Además, en esa misma causa, la Corte llegó a la conclusión de que actualmente “puede considerarse un requisito conforme al derecho internacional general llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental cuando exista el riesgo de que la actividad industrial proyectada pueda tener efectos negativos sensibles en un contexto transfronterizo, en particular en un recurso compartido” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 204). Aunque la afirmación de la Corte en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay* se refería a actividades industriales, el principio subyacente se aplica en general a las actividades propuestas que puedan tener efectos negativos sensibles en un contexto transfronterizo. Por consiguiente, para cumplir su obligación de ejercer la diligencia debida en la prevención de los daños ambientales transfronterizos sensibles, un Estado debe determinar, antes de embarcarse en una actividad que pueda afectar negativamente al medio ambiente de otro Estado, si existe el riesgo de que se produzcan daños transfronterizos sensibles, lo que haría necesario realizar una evaluación del impacto ambiental.

11. Más adelante en el fallo, la Corte reiteró esta conclusión:

153. La Corte recuerda (véase el párrafo 104 *supra*) que la obligación de un Estado de ejercer la diligencia debida para prevenir un daño transfronterizo sensible requiere que el Estado determine si existe un riesgo de daño transfronterizo sensible antes de emprender una actividad que podría afectar negativamente al medio ambiente de otro Estado. Si es así, el Estado interesado debe realizar una evaluación del impacto ambiental. La obligación en cuestión incumbe al Estado que lleva a cabo la actividad.

²¹ Fallo de 16 de diciembre de 2015, párr. 101.

²² Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 168 y 169.

12. A continuación, la Corte examinó cómo podía determinarse un riesgo de daño transfronterizo sensible. La Corte sostuvo que “una de las formas en que un Estado puede determinar si la actividad propuesta conlleva el riesgo de causar daños transfronterizos sensibles” era realizar “una evaluación preliminar del riesgo que entraña una actividad”²³. Al no haber encontrado ninguna prueba de que la parte pertinente, Costa Rica, hubiera llevado a cabo una evaluación preliminar de su proyecto de carreteras, la Corte realizó su propia evaluación. La Corte indicó que “tendría en cuenta la naturaleza y la magnitud del proyecto y el contexto en que se debía llevar a cabo”²⁴. Posteriormente, la Corte examinó la escala del proyecto costarricense, la probabilidad de causar un daño (en particular a la luz de la ubicación del proyecto, sus características físicas y los efectos de posibles desastres naturales) y las condiciones geográficas de la zona afectada²⁵. El razonamiento de la Corte podría servir de base a la interpretación o aplicación del artículo 2 a), que establece el significado del término “riesgo de causar daño transfronterizo sensible”²⁶.

13. Al determinar el contenido de la evaluación del impacto ambiental, la Corte reiteró su conclusión en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, que se adecua a lo dispuesto en el párrafo 7 del comentario del artículo 7, sobre la evaluación del riesgo, de la siguiente manera:

“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” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 205)²⁷.

14. Además, la Corte puso de relieve que la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental constituía una obligación continua “y que la observación de los efectos del proyecto sobre el medio ambiente se realizará, en caso necesario, a lo largo de la vida del proyecto”²⁸. Esa obligación requería una evaluación *ex ante* del riesgo de daño transfronterizo sensible, que debía llevarse a cabo antes de la ejecución del proyecto. La Corte llegó a la conclusión de que los estudios preparados por Costa Rica no cumplían esos requisitos, puesto que se trataba de evaluaciones *a posteriori* del impacto ambiental de los tramos de la carretera que ya se habían construido, no examinaban el riesgo de daños futuros y se llevaron a cabo solo tres años después del inicio de la construcción de la carretera²⁹. La conclusión de la Corte está en consonancia con el texto del artículo 7, sobre la evaluación del riesgo, que establece que “cualquier decisión con respecto a la autorización de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de los presentes artículos” deberá basarse en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad. La Corte llegó a la conclusión de que a Costa Rica le seguía incumpliendo la obligación de “preparar una evaluación apropiada del

²³ *Ibid.*, párr. 154.

²⁴ *Ibid.*, párr. 155.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 162 y 163.

²⁷ Fallo de 16 de diciembre de 2015, párr. 104.

²⁸ *Ibid.*, párr. 161.

²⁹ *Ibid.*

impacto ambiental de cualesquiera obras futuras en la carretera o en la zona colindante con el río San Juan, en caso de que entrañaran el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible”³⁰.

15. La Corte examinó también si, conforme al derecho internacional, una situación de emergencia podía eximir a un Estado, en este caso Costa Rica, de su obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental. Tras reafirmar que los propios Estados pueden determinar el tenor exacto de la evaluación del impacto ambiental, la Corte señaló que esa remisión “al derecho interno no se refiere a la cuestión de si debe emprenderse una evaluación del impacto ambiental. Por consiguiente, el hecho de que pueda haber una exención de emergencia conforme a la legislación costarricense no afecta a la obligación de Costa Rica con arreglo al derecho internacional de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental”³¹. Esta afirmación, una vez más, se adecua al comentario del artículo 7, sobre la evaluación del riesgo. Finalmente, la Corte determinó que no había habido ninguna emergencia, dado el periodo del proyecto, su ubicación, la ausencia de una amenaza inminente de enfrentamiento militar y el hecho de que ya se hubiera incoado la causa ante la Corte³². Como consecuencia de ello, la Corte se negó a tomar una decisión sobre la posibilidad de una exención de emergencia³³.

16. En cuanto a la “obligación de procedimiento” consistente en notificar y consultar, la Corte señaló que “las partes coinciden en la existencia en el derecho internacional general de la obligación de notificar al Estado potencialmente afectado las actividades que entrañen un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible y consultar con él al respecto”³⁴. En el artículo 8, sobre notificación e información, se contempla una obligación similar. En respuesta al argumento de Nicaragua según el cual esa obligación estaba limitada por la *lex specialis* (en este caso conforme al Tratado de Límites de 1858, según la interpretación hecha en el Laudo de Cleveland), la Corte señaló que “el hecho de que el Tratado de 1858 pudiera contener unas obligaciones limitadas relativas a la notificación o consulta en situaciones concretas no excluye otras obligaciones de procedimiento con respecto al daño transfronterizo que puedan existir en el derecho internacional convencional o consuetudinario”³⁵.

17. La Corte señaló en dos ocasiones la obligación de notificar y consultar dimanante de “la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir un daño transfronterizo sensible” y que surgía cuando una evaluación del impacto ambiental confirmaba que había un riesgo de causar un daño transfronterizo sensible³⁶. Ese último aspecto se refleja en el artículo 8 1), sobre notificación e información.

³⁰ *Ibid.*, párr. 73.

³¹ *Ibid.*, párr. 157.

³² *Ibid.*, párr. 158.

³³ *Ibid.*, párr. 159.

³⁴ *Ibid.*, párr. 106.

³⁵ *Ibid.*, párr. 108. La Corte también examinó la obligación de las partes de notificar y consultar conforme a la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 996, núm. 14583, y al Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central, que se puede consultar en <http://www2.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/TRE/Full/En/TRE-001162.txt>; *ibid.*, párrs. 109 a 111.

³⁶ *Ibid.*, párrs. 104 y 168.

Siguiendo ese razonamiento, la Corte determinó que “puesto que a Nicaragua no le incumbía la obligación internacional de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental teniendo en cuenta la ausencia de riesgo de daño transfronterizo sensible, [...] no era necesario que efectuara una notificación a Costa Rica ni que consultara con este país”³⁷. Asimismo, cuando estableció que “Costa Rica no había cumplido con su obligación conforme al derecho internacional general de realizar una evaluación del impacto ambiental antes de la construcción de la carretera”, la Corte sostuvo que “en la presente causa no procedía examinar el deber de notificar y consultar”³⁸. Además, la Corte determinó que Costa Rica solo tenía que consultar con Nicaragua sobre las futuras obras en la carretera o en la zona colindante con el río San Juan “si las circunstancias lo exigieran”, es decir, si una evaluación del impacto ambiental confirmara el riesgo de daño transfronterizo sensible³⁹.

18. Con respecto a las obligaciones sustantivas relativas al daño transfronterizo, la Corte se remitió de nuevo a su propia jurisprudencia, incluso aunque su conclusión reflejara lo dispuesto en el artículo 3, sobre prevención:

118. Como reafirmó la Corte en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, “los Estados están [...] obligados a utilizar todos los medios a su disposición para evitar actividades que tengan lugar en su territorio o en cualquier zona bajo su jurisdicción que causen daños sensibles al medio ambiente de otro Estado” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 56, párr. 101; véase también *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, págs. 241 y 242, párr. 29).

19. Para determinar si las partes habían causado daños transfronterizos, la Corte examinó los efectos del dragado⁴⁰; la erosión de los sedimentos en la construcción de una carretera⁴¹; el presunto daño causado por el aumento de las concentraciones de sedimentos en el río⁴²; el supuesto perjuicio para la morfología del río, la navegación y el dragado de Nicaragua⁴³; el supuesto perjuicio para la calidad del agua y el programa de los ecosistemas acuáticos⁴⁴; y otros presuntos daños, incluidos el presunto impacto visual y la posibilidad de vertidos de materiales tóxicos⁴⁵. En todos los casos, la Corte llegó a la conclusión de que no se había demostrado que se hubiera causado un daño transfronterizo sensible⁴⁶. Ese análisis pudo servir de base a la aplicación e interpretación del artículo 2 c) y el principio 2 e), a saber, la definición del término “daño transfronterizo” en ambos casos⁴⁷.

20. Al determinar la reparación, la Corte sostuvo que su declaración de que Costa Rica había violado su obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto

³⁷ *Ibid.*, párr. 108.

³⁸ *Ibid.*, párr. 168.

³⁹ *Ibid.*, párr. 173.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 119.

⁴¹ *Ibid.*, párrs. 181 a 185.

⁴² *Ibid.*, párrs. 188 a 196.

⁴³ *Ibid.*, párrs. 197 a 207.

⁴⁴ *Ibid.*, párrs. 208 a 213.

⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 214 a 216.

⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 120 y 217.

⁴⁷ Véanse el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 162 y 163, y el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 71 y 78.

ambiental constituía “la medida apropiada de satisfacción para Nicaragua”⁴⁸. En respuesta a la reclamación de Nicaragua de que Costa Rica restaurara en la medida de lo posible la situación que existía antes de que se construyera la carretera e indemnizara por los daños causados respecto de aquello que no hubiese podido ser reparado mediante restitución, la Corte señaló lo siguiente:

226. [...] La Corte recuerda que la restitución y la indemnización son formas de reparación del daño material. La Corte observa que, si bien Costa Rica no cumplió la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, no se ha demostrado que la construcción de la carretera causara un daño sensible a Nicaragua o que infringiera otras obligaciones sustantivas dimanantes del derecho internacional. Así pues, el restablecimiento de la situación original de la zona donde está situada la carretera no constituiría una reparación adecuada por la violación de Costa Rica de su obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental (véase la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 104, párr. 271). Por las mismas razones, la Corte se niega a admitir la reclamación de indemnización de Nicaragua.

21. En su opinión separada, el Magistrado Owada también se abstuvo de hacer una referencia directa a los artículos o los principios, pero ofreció su punto de vista sobre la relación entre el requisito de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental conforme al derecho internacional general y la obligación de actuar con la debida diligencia. El Magistrado Owada integró esta última obligación en el contexto de un “proceso holístico” y afirmó lo siguiente:

La realización de una evaluación del impacto ambiental es un importante elemento integrante del proceso que dimana de la obligación internacional de los Estados de actuar con la diligencia debida para evitar o mitigar un daño transfronterizo sensible y no una obligación separada e independiente que exista por sí sola conforme al derecho internacional general. Esta obligación de actuar con la diligencia debida de tal manera que se pueda evitar la puesta en marcha de actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente constituye una obligación asentada del derecho ambiental internacional. En este proceso holístico, la evaluación del impacto ambiental desempeña un papel importante e incluso crucial para asegurar que el Estado en cuestión está actuando con la diligencia debida conforme al derecho internacional general del medio ambiente⁴⁹.

Según el Magistrado Owada:

La evaluación del impacto ambiental, que es esencialmente de carácter técnico, es un medio de alcanzar el objetivo último de la prevención del daño transfronterizo —una obligación relativa a la diligencia debida que se requiere. Además, la evaluación del impacto ambiental tiene por objeto permitir que los ciudadanos o la sociedad civil participen en último término en el proceso de adopción de decisiones sobre las actividades con efectos ambientales potencialmente sensibles. Por importante que sea la evaluación del impacto ambiental, como refleja la práctica imperante en los últimos años,

⁴⁸ *Fallo de 16 de diciembre de 2015*, párr. 224.

⁴⁹ *Separate opinion of Judge Owada*, 16 de diciembre de 2015, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18852.pdf>, párr. 18.

el hecho es que esencialmente la evaluación del impacto ambiental no es más que uno de los distintos medios que deben emplearse cuando las circunstancias del caso lo requieran a fin de alcanzar el objetivo legal último que es vinculante para los Estados que actúan en la esfera del medio ambiente, a saber, la obligación de actuar con la diligencia debida para prevenir un daño transfronterizo sensible a la luz de los riesgos evaluados en cuestión⁵⁰.

El Magistrado Owada sostuvo que el fallo de la Corte apoyaba esa posición. Además, el Magistrado Owada llegó a la conclusión de que “la realización de una evaluación del impacto ambiental es un elemento importante (aunque no necesariamente constituye una obligación indispensable como tal) del proceso de cumplimiento de la obligación de actuar con la diligencia debida para prevenir un daño transfronterizo sensible en cada caso”⁵¹.

22. La Magistrada Donoghue, en su opinión separada, también examinó el carácter del requisito de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental conforme al derecho internacional general, así como la obligación de notificar y consultar. Con respecto a esta última obligación, la magistrada se refirió a los artículos en dos ocasiones. En primer lugar, al examinar las pruebas que sustentaban el supuesto carácter consuetudinario de la obligación, la Magistrada Donoghue señaló lo siguiente:

La formulación de la Corte de obligaciones específicas en cuanto a la notificación y la consulta presenta semejanzas con los artículos 8 y 9 del 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), págs. 156 a 158). Aunque este proyecto de artículos ampliamente citado y sus comentarios constituyen una valiosa contribución de la Comisión, no se debería exagerar su papel en la evaluación de la práctica de los Estados y la *opinio juris*⁵².

La Magistrada Donoghue señaló de nuevo la congruencia entre el fallo de la Corte y los artículos cuando afirmó lo siguiente:

Podría interpretarse que el fallo da a entender que solo hay una circunstancia en la que el Estado de origen debe notificar a los Estados que puedan resultar afectados, a saber, cuando la evaluación del impacto ambiental del Estado de origen confirma que existe un riesgo de daño transfronterizo sensible. Una obligación de notificación similar figura en el artículo 8 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas de 2001⁵³.

La Magistrada Donoghue sostuvo, de manera similar al Magistrado Owada, que el derecho internacional general no reconocía obligaciones independientes que requirieran evaluaciones del impacto ambiental, notificación o consulta, si bien esas exigencias dimanaban de una obligación subyacente “conforme al derecho internacional consuetudinario de ejercer la diligencia debida en la prevención de

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 21.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 22.

⁵² *Separate opinion of Judge Donoghue*, 16 de diciembre de 2015, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18858.pdf>, párr. 19.

⁵³ *Ibid.*, párr. 21.

daños ambientales transfronterizos sensibles”⁵⁴. Esto dejaba margen para que hubiera diferencias en la manera en que los Estados podrían llevar a cabo la evaluación del impacto ambiental⁵⁵. También significaba que se podrían requerir la notificación y la consulta en situaciones distintas de las especificadas por la Corte⁵⁶.

23. En su opinión separada, el Magistrado Bhandari formuló sugerencias sobre la manera en que se podían mejorar las normas del derecho internacional público que regían las evaluaciones del impacto ambiental. En su análisis de los conceptos pertinentes, el Magistrado Bhandari incluyó una referencia al artículo 3, sobre la prevención, en apoyo de su conclusión según la cual “el principio de la acción preventiva es otro pilar del derecho ambiental internacional moderno”⁵⁷; al artículo 4, sobre la cooperación, como prueba de la existencia en el derecho internacional de “los valores de la buena vecindad y la cooperación”⁵⁸; y al comentario del principio 3, sobre los propósitos, cuando se refirió al principio de quien contamina paga⁵⁹. Además, el Magistrado Bhandari examinó el artículo 2, sobre los términos empleados, junto con su comentario, a fin de aclarar el concepto de daño transfronterizo en el derecho internacional:

21. No existe una definición única de daño transfronterizo en el derecho internacional. Aunque en el proyecto de principios [*sic*] de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) sobre prevención del daño transfronterizo figura una definición de este concepto, la idea de “riesgo de causar daño transfronterizo sensible” es bastante vaga. El daño según la CDI debe ser físico y se limita a las personas, los bienes o el medio ambiente. Sin embargo, el comentario adjunto aclara en cierta medida este aspecto y en él se explica que el riesgo y el daño no son conceptos aislados, sino que deben considerarse de manera conjunta:

“A los efectos de los presentes artículos, el ‘riesgo de causar un daño transfronterizo sensible’ se refiere al efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la magnitud de los efectos perjudiciales. Por consiguiente, es ese efecto combinado de ‘riesgo’ y ‘daño’ el que determina el límite”.

La CDI también ofrece orientación en su comentario sobre el significado de la palabra “sensible”:

“El término ‘sensible’ no carece de ambigüedad, y habrá que precisarlo en cada caso en particular, lo que exigirá más consideraciones de hecho que determinaciones jurídicas. 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

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 1.

⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 12 a 15.

⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 16 a 24.

⁵⁷ *Separate opinion of Judge Bhandari*, 16 de diciembre de 2015, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18860.pdf>, párr. 14.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 15, véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 165 y 166.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 19; véase el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II (segunda parte), págs. 80 a 85.

perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos”. [Se han omitido las notas de pie de página]⁶⁰.

Tras llegar a la conclusión de que “no existe en la actualidad un mínimo de normas vinculantes del derecho internacional público que deban seguir los Estados nación al llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental”⁶¹, el Magistrado Bhandari formuló varias propuestas en ese sentido, en gran medida siguiendo el modelo de las disposiciones pertinentes del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo⁶².

24. El Magistrado *ad hoc* Dugard también presentó una opinión separada⁶³, en la que hizo referencia a los artículos y los principios en múltiples ocasiones. Mientras manifestaba sus opiniones sobre la relación entre el principio de prevención, la obligación de diligencia debida y la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, el Magistrado *ad hoc* Dugard invocó el comentario del artículo 3, sobre la prevención, para sostener que la obligación de diligencia debida dimana del principio de prevención. Además, el Magistrado *ad hoc* Dugard se refirió al artículo 7, sobre la evaluación del riesgo, para apoyar su afirmación de que la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental constituía una obligación independiente con arreglo al derecho internacional:

7. La obligación de diligencia debida dimana del principio de prevención. Así se puso de relieve en el comentario de la Comisión de Derecho Internacional sobre el artículo 3 de su proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, en el que se indica que “la obligación del Estado de origen de adoptar medidas preventivas o para minimizar el riesgo es una obligación de diligencia debida” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 164, párr. 7; véase también la pág. 165, párr. 17). Por consiguiente, el deber de diligencia debida es la norma de conducta exigida para aplicar el principio de prevención.

[...]

9. La obligación de los Estados de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental es una obligación independiente concebida para prevenir un daño transfronterizo sensible que surge cuando existe el riesgo de que se cause ese daño. No es una obligación que dependa de la obligación del Estado de ejercer la diligencia debida para prevenir un daño transfronterizo sensible. La diligencia debida es la norma de conducta que el Estado debe seguir en todo momento para prevenir un daño transfronterizo sensible, entre otras situaciones, en la decisión de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, en la realización de la evaluación del impacto ambiental y en el mantenimiento de la vigilancia de la actividad en cuestión. La Comisión de Derecho Internacional considera que la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental es una obligación independiente (proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 21.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 29.

⁶² *Ibid.*, párrs. 31 a 46.

⁶³ *Separate opinion of Judge ad hoc Dugard*, 16 de diciembre de 2015, que se puede consultar en <http://www.icj-cij.org/docket/files/152/18868.pdf>.

actividades peligrosas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), art. 7, pág. 168), al igual que se hace en la Declaración de Río (principio 17), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (art. 14) y el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (“Convenio de Espoo”) (art. 2). En ninguno de estos instrumentos se menciona la diligencia debida en la formulación de la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental.

25. Al determinar las pruebas de la supuesta condición de norma de derecho internacional consuetudinario de la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental, el Magistrado ad hoc Dugard se refirió al párrafo 4 del comentario del artículo 7, sobre la evaluación del riesgo:

17. No cabe duda de que existe una obligación de derecho internacional consuetudinario de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental cuando exista el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha sostenido que existe una “obligación general con arreglo al derecho internacional consuetudinario” de llevar a cabo dicha evaluación. Hace 14 años, la Comisión de Derecho Internacional afirmó en su proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas que “la práctica de requerir una evaluación del impacto ambiental se ha generalizado”, citando la legislación de varios Estados desarrollados en apoyo de esa obligación y declarando que unos 70 países en desarrollo tenían algún tipo de legislación sobre este tema (comentario del artículo 7, párr. 4, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 168). Este proyecto de artículos ha sido elogiado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 62/68, de 6 de diciembre de 2007, párr. 4). [Se ha omitido la nota de pie de página].

26. El Magistrado *ad hoc* Dugard invocó de nuevo el comentario del artículo 7, sobre la evaluación del riesgo, cuando sostuvo que el derecho internacional imponía determinados requisitos sobre el alcance y el contenido de la evaluación del impacto ambiental:

18. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, la Corte declaró que el derecho internacional general no precisaba “el alcance y el contenido de la evaluación del impacto ambiental”, con el resultado de que incumbía “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 requerido en cada caso” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, pág. 83, párr. 205). Este pronunciamiento, reafirmado por la Corte en la presente causa (fallo, párrafo 104) se ha interpretado en ocasiones en el sentido de que la obligación de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental no tiene un contenido independiente y que simplemente constituye una remisión al derecho interno. Esto es incorrecto. Evidentemente hay algunas cuestiones relativas a la realización de una evaluación del impacto ambiental que deben dejarse en manos del derecho interno. Entre esas cuestiones figuran la determinación de la autoridad encargada de realizar el examen, el formato de la evaluación, el plazo y los procedimientos que se deben seguir. Sin embargo, hay ciertas cuestiones inherentes a la naturaleza de la evaluación del impacto ambiental que deben examinarse para que se pueda calificar como tal y

cumplir la obligación de diligencia debida en la preparación de una evaluación del impacto ambiental. En este sentido se manifestó la Comisión de Derecho Internacional en su comentario del artículo 7 de su proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, en el que declaró que la evaluación del impacto ambiental debía poner en relación el riesgo que entrañaba una actividad “con el posible daño que de este pueda derivarse”, contener “una estimación de las posibles consecuencias transfronterizas perjudiciales de la actividad” e incluir una evaluación de los “efectos de la actividad, no solo sobre las personas y los bienes, sino también sobre el medio ambiente de otros Estados” (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 169, párrs. 6 a 8). [Se ha omitido la nota de pie de página].

27. Más adelante en su opinión separada, el Magistrado *ad hoc* Dugard se basó en ese argumento para sostener que una evaluación del impacto ambiental no podía limitarse a los efectos en el territorio del propio Estado, sino que debía tener en cuenta los posibles efectos transfronterizos:

34. [...] No hay ningún indicio de que Nicaragua llevara a cabo “una evaluación objetiva de todas las circunstancias pertinentes” (fallo, párrafo 153). Por el contrario, la propia Corte manifiesta que el estudio ambiental de Nicaragua se limitó a “su propio medio ambiente” (fallo, párrafo 105). Esta idea contrasta con la declaración de la Comisión de Derecho Internacional de que la evaluación del impacto ambiental debería incluir una evaluación de los efectos de la actividad “sobre el medio ambiente de otros Estados” (véase *supra*, párr. 18). En estas circunstancias, es imposible llegar a la conclusión de que Nicaragua se ha liberado de la carga de la prueba demostrando que llevó a cabo una evaluación preliminar adecuada del impacto de su programa de dragado sobre los humedales de Costa Rica. [...] El estudio del impacto ambiental realizado por Nicaragua, que no tuvo en cuenta el daño *transfronterizo*, claramente infringió la norma de la diligencia debida.

Tribunales constituidos mediante la Corte Permanente de Arbitraje

28. En el arbitraje en el caso relativo al *Proyecto en el río Kishenganga en el marco de las aguas del Indo* entre el Pakistán y la India, el tribunal arbitral constituido de conformidad con el Tratado sobre las Aguas del Indo de 1960 entre el Gobierno de la India y el Gobierno del Pakistán, firmado el 19 de septiembre de 1960, examinó, entre otras cosas, el derecho de la India conforme a dicho Tratado a desviar las aguas del río Kishenganga/Neelum para poner en marcha el proyecto hidroeléctrico Kishenganga. Si bien el tribunal no se refirió directamente a los artículos ni a los principios, sí invocó conceptos estrechamente relacionados con ellos.

29. En su laudo parcial⁶⁴, el tribunal señaló que a él le correspondía “interpretar y aplicar este Tratado de 1960 a la luz de los principios del derecho internacional consuetudinario para la protección del medio ambiente actualmente vigentes”⁶⁵. El tribunal determinó que era “un principio fundamental del derecho ambiental internacional consuetudinario” el “deber de evitar daños transfronterizos”, para lo

⁶⁴ *Indus Waters Kishenganga (Pakistan v. India)*, laudo parcial, 18 de febrero de 2013, *PCA Award Series (2014)*.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 452.

cual encontró apoyo en el caso de la *Fundición de Trail*, en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y en el arbitraje del caso *Iron Rhine*⁶⁶. Esa obligación se refleja también en el artículo 3, sobre la prevención. Tras citar una serie de convenios internacionales, declaraciones y decisiones judiciales y arbitrales, el tribunal llegó a la conclusión de que “no cabe duda de que, con arreglo al derecho internacional consuetudinario contemporáneo, los Estados están obligados a tener en cuenta la protección del medio ambiente al planificar y elaborar proyectos que puedan causar daños a un Estado limítrofe”⁶⁷. Según el tribunal, la Corte Internacional de Justicia había formulado esa obligación como una obligación del derecho internacional general de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental cuando se emprenden proyectos de construcción a gran escala. El hecho de que no se evalúe el impacto ambiental, ya sea al inicio o a lo largo de la vida del proyecto, sería contrario a “las obligaciones de diligencia debida, vigilancia y prevención”⁶⁸. En el artículo 7, sobre la evaluación del riesgo, se contempla una obligación similar. El tribunal llegó a la conclusión de que “deben tenerse en cuenta los principios del derecho ambiental internacional, incluso cuando [...] se interpretan tratados concertados antes de la elaboración de ese *corpus juris*”⁶⁹.

30. En su laudo definitivo⁷⁰, el tribunal reiteró esa conclusión⁷¹ y reafirmó que “los Estados tienen 'el deber de prevenir, o por lo menos mitigar' el daño sensible al medio ambiente cuando lleven a cabo actividades de construcción a gran escala”⁷². Sin embargo, dado que el Tratado sobre las Aguas del Indo de 1960 limitó el papel del derecho internacional consuetudinario a la “interpretación y aplicación” del propio Tratado, el tribunal llegó a la conclusión de que, al menos por razones de competencia, el derecho internacional consuetudinario no podía desplazar a los derechos y las obligaciones dimanantes del Tratado en este caso.

En particular, el tribunal no considera adecuado ni ciertamente “necesario” adoptar un criterio de precaución y asumir la función de la formulación de políticas al determinar el equilibrio entre el cambio ambiental aceptable y otras prioridades o permitir que las consideraciones ambientales anulen el equilibrio de otros derechos y obligaciones expresamente señalados en el Tratado. [...] La competencia del tribunal es más limitada y solo se extiende a la mitigación del daño sensible. Más allá de ese punto, la actuación del tribunal no solo es innecesaria, sino que está prohibida por el Tratado. Si el derecho internacional consuetudinario se aplicara no para circunscribir los derechos conferidos expresamente en el Tratado, sino para negarlos, ya no se trataría de una “interpretación o aplicación” del Tratado, sino que se estaría *sustituyendo* el Tratado por el derecho consuetudinario⁷³.

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 448 y 451.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 449.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 450, refiriéndose a la causa *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, párrs. 83 y 84.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 452.

⁷⁰ *Indus Waters Kishenganga (Pakistan v. India)*, laudo definitivo, 20 de diciembre de 2013, *PCA Award Series (2014)*.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 111.

⁷² *Ibid.*, párr. 112, refiriéndose al *laudo parcial*, nota 59 *supra*, párr. 451.

⁷³ *Ibid.*, párr. 112.

31. En el caso del arbitraje en el caso de la *Zona marina protegida de Chagos* entre Mauricio y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte⁷⁴, relativo al establecimiento de una zona marina protegida alrededor del archipiélago de Chagos, el tribunal examinó las restricciones de procedimiento sobre la acción del Estado y señaló lo siguiente:

Esas normas de procedimiento que existen en otros ámbitos del derecho ambiental internacional, por ejemplo, en el requisito impuesto por el derecho internacional general de llevar a cabo una evaluación del impacto ambiental antes de realizar proyectos de construcción a gran escala (véanse el arbitraje en el caso relativo al *Proyecto en el río Kishenganga en el marco de las aguas del Indo (Pakistán c. India)*, laudo parcial de 18 de febrero de 2013, *PCA Award Series*, pág. 81 y ss., en especial págs. 291 y 292, párr. 450; y la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14 y ss., en especial pág. 83, párr. 205)⁷⁵.

Si bien el tribunal no hizo referencia a los artículos ni a los principios directamente, ese requisito se refleja en el artículo 7, sobre la evaluación del riesgo.

⁷⁴ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, laudo, 18 de marzo de 2015, que se puede consultar en <http://www.pcacases.com/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 332.