

LA EQUIDAD *INTER* E *INTRAGENERACIONAL*:
BASES JURÍDICAS Y PERSPECTIVAS EN LA
COMPENSACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

INTER AND INTRAGENERATIONAL EQUITY:
LEGAL BASES AND PERSPECTIVES IN LIABILITY FOR
ENVIRONMENTAL HARM

*Magdalena García Elorrio**

Resumen: El presente trabajo tiene como punto de partida la consideración de que el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' no otorga, al Estado afectado, una respuesta jurídica acorde a las nociones de equidad *inter* e *intrageneracional*. En este marco, tiene por fin analizar la recepción jurídica de la equidad *inter* e *intrageneracional* en distintas reglas y evaluar cuál de ellas podría incluirse en el Proyecto y aplicarse para lograr una compensación equitativa del daño transfronterizo ambiental.

Palabras - clave: Responsabilidad internacional - Actos no prohibidos - Equidad *intrageneracional* - Equidad *intergeneracional*.

*Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, M.A en Género e Igualdad por la Universidad de Murcia (España), M.A en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset de Madrid adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, Becaria Doctoral de Conicet (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) doctorando en curso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Abstract: This article starting point is that the Draft of the International Law Commission concerning 'Principles on the allocation of loss in the case of ESPACIO transboundary harm arising out of hazardous activities' does not give injured States a legal response according to intergenerational and intragenerational notions of equity. Within this framework, the main objectif of this article is to analyze legal rules that reflect intergenerational or intragenerational equity and evaluate which of them can be added in the mentioned Draft, and applied to achieve equitable transboundary environmental damage liability.

Keywords: International liability – Acts not prohibited – Intragenerational equity – Intergenerational equity.

SUMARIO: I. Introducción. - II. La equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente. - III. La equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad. - IV. La equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los recursos naturales compartidos. - V. La compensación "equitativa" del daño ambiental como solución jurídica. - VI. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando hablamos de equidad *inter* e *intrageneracional* nos estamos refiriendo a conceptos que se han ido gestando en el ámbito del Derecho Internacional Ambiental y Económico con el objeto de sentar las bases para la construcción de soluciones jurídicas a ciertos problemas que aquejan a la comunidad internacional contemporánea. La equidad *intergeneracional* hace referencia a la utilización equitativa de recursos naturales entre generaciones presentes y futuras y pretende dar respuesta al consumo desmedido y agotamiento de recursos naturales, la degradación de los recursos naturales y la limitación al acceso, uso y beneficio derivado de

Magdalena García Elorrio

recursos naturales¹ evitando que las generaciones actuales priven de derechos a las generaciones futuras. El fin esencial de la equidad en esta dimensión es la prevención del consumo de recursos naturales y del deterioro ambiental. Sin embargo, su fundamento no es eminentemente ecologista². La preservación del ambiente puede estar motivada por garantizar el consumo de futuras generaciones y no necesariamente por la conservación de los recursos naturales. Por su parte, la equidad *intrageneracional* hace referencia a la distribución equitativa de cargas y beneficios entre los miembros de una misma generación y pone el foco de atención en los problemas que aquejan a actores contemporáneos como la falta de acceso y uso a los recursos naturales, la contaminación de recursos naturales compartidos o daño transfronterizo y a la distribución inequitativa de recursos económicos derivados de la explotación de los recursos³⁻⁴.

El punto de encuentro entre ambas modalidades de equidad es la preservación sustentable del medio ambiente. Ello no significa que esa vinculación sea necesariamente pacífica. Lo que es considerado “sustentable” en términos de equidad intergeneracional puede no serlo desde la perspectiva de la equidad intrageneracional y generar tensión entre ambas nociones. En lo que respecta a las diferencias entre ambas, la distinción central está en las notas esenciales que caracterizan a cada una de ellas. En la equidad

¹ WEISS E. B., “Intergenerational Equity in International Law”, 81 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*, 1987, p. 127.

² TLADI D., “Strong Sustainability, weak Sustainability, intergenerational Equity and international Law: using the Earth Charter to redirect the environmental Ethics Debate”, *South African yearbook of international law*, vol. 28, pp. 200-210.

³ MAGGIO G.F., “Inter/Intragenerational Equity: Current Applications under international Law for promoting the sustainable Development of Natural Resources”, 4 *Buff.Emvt.L.J.* 1996-97, pp. 163-164.

⁴ BOTHE M., “Environment, Development, Resources”, *Recueil des Cours* 318, 2005, p. 451.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

intergeneracional el concepto central es la intertemporalidad⁵ que vincula la generación presente con la del futuro. Mientras que en la equidad intrageneracional, el concepto medular es la idea de justicia social que garantice una distribución más equitativa de los recursos disponibles y de las cargas generadas por su uso y explotación.

En este marco, las discordancias jurídicas en la regulación internacional de la compensación del daño transfronterizo ambiental y los obstáculos en su materialización, constituyen uno de los problemas que afectan tanto a la equidad *inter* e *intrageneracional*⁶. Si el daño transfronterizo no es debidamente compensado por el Estado de origen, la comunidad del territorio del Estado afectado se ve perjudicada en sus intereses y derechos, generándose un desequilibrio entre los miembros de un misma generación pero también afectando a generaciones futuras que no podrán beneficiarse del capital ambiental que quedó degradado. La compensación del daño ambiental como un presupuesto esencial para el respeto de la equidad *inter* e *intrageneracional* depende de la regulación que prevean los Estados en materia de daño transfronterizo ambiental.

En este sentido, el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante 'CDI') sobre 'Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)'⁷ aprobado en

⁵ WEISS E. B., "Intergenerational Equity in International Law", *ob. cit.* nota 1, p. 126.

⁶ BOTHE M., "Environment, Development, Resources", *ob. cit.* nota 4, p. 451.

⁷ En inglés el Proyecto se titula: 'International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (Draft

segunda lectura por la CDI en su sesión nº59 de 2006⁸, enumera ocho principios aplicables a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho DI. El Principio 4 sobre “pronta y adecuada indemnización” establece que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para que las víctimas de daños transfronterizos reciban pronta y adecuada indemnización. Entre las medidas que debe cumplir el Estado la CDI establece: arbitrar los medios legales y judiciales para asignar responsabilidad del explotador o cuando proceda, de otra persona o entidad, garantizar que el explotador constituya y mantenga alguna garantía financiera (*i.a.* seguro, fianza) y asignar recursos financieros adicionales para el caso de insuficiencia de alguna de las dos primeras medidas mencionadas⁹.

principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities’).

⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006), Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities with commentaries, pp.109-182.

⁹ El Principio 4 dispone: 1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización. 2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto del principio 3. 3. Estas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías para hacer frente a las demandas de indemnización. 4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad. 5. En caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El Proyecto no recepta un deber del Estado de compensar las pérdidas causados por daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas a otro Estado en el plano interestatal. Sólo recae sobre el Estado de origen una obligación de garantizar que esa compensación se produzca mediante la adopción de las medidas mencionadas *supra*. La CDI no contempla siquiera una obligación subsidiaria del Estado en caso de que insuficiencia de fondos del explotador, falta de fondos complementarios, o seguro financiero del explotador¹⁰. Sin embargo, en su principio 7 hace mención a la posibilidad de que la obligación subsidiaria del Estado sea prevista en regímenes internacionales específicos vía acuerdos bilaterales, regionales o mundiales. A falta de acuerdo, la obligación de compensación del Estado no procede en el marco del Proyecto de la CDI. Entendemos que ello no constituye una solución jurídica acorde a la noción de equidad *inter e intrageneracional*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el propósito del presente artículo es reflexionar sobre la recepción jurídica de la equidad *inter e intrageneracional* en el DI Ambiental y Económico a través de reglas¹¹ concretas y evaluar si algunas de estas reglas puede ser empleada para resolver la cuestión de la compensación del daño transfronterizo ambiental derivado de actividades no prohibidas de forma equitativa. El análisis se efectuará teniendo en cuenta los siguientes ejes de reflexión: -la equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente, -la equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad, -la equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los

el Estado de origen también debería velar porque se asignen recursos financieros adicionales.

¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, *ob. cit.* nota 8, p. 165.

¹¹ Como veremos estas reglas pueden estar en instrumentos *soft law* o *hard law*.

recursos naturales, y -la regla de compensación equitativa del daño transfronterizo ambiental como solución jurídica viable.

II. La equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente

La equidad intergeneracional fue introducida en el DI ambiental a través de los instrumentos *soft law*. La Declaración de Naciones Unidas (en adelante 'UN') sobre el medio ambiente humano' (1972)¹² receptó la equidad intergeneracional en su Principio 1 al sostener que: "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne **obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras...**"¹³. Asimismo en su Principio 2 la Declaración reiteró su adhesión a la equidad intergeneracional al sostener que: "Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, **deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras**, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga".

Es de observar que a simple vista, la consolidación de una obligación de proteger los recursos naturales en pos de generaciones futuras parece una solución jurídica aceptable y fácilmente admisible como estrategia para la preservación del medio ambiente. Sin embargo, si analizamos el proceso de formación de estos principios en el seno de los trabajos de la Conferencia de Estocolmo, puede observarse cómo la adopción de los principios 1 y 2 no fue pacífica.

¹² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

¹³ El resaltado de todo el artículo nos pertenece.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La inclusión de una obligación de proteger el medio ambiente y los recursos naturales reactualizó el debate entre los países en vías de desarrollo¹⁴ que apoyaban el principio de la soberanía permanente

¹⁴ Entre las resoluciones de AG más destacadas en materia de reivindicación de la soberanía permanente sobre los recursos naturales podemos mencionar: 1) Resolución nº 523 sobre 'Desarrollo económico integrado y acuerdos comerciales' de 1952. Iniciativa: Polonia. Objetivo: exigir a los países desarrollados el movimiento de maquinarias, equipos y materias primas industriales a cambio de materias primas de los países en vías de desarrollo. 2) Resolución nº 626 sobre 'Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales' 1952. Iniciativa: Uruguay. Objetivo: receptar un derecho a nacionalizar la explotación de los recursos naturales. (la idea de nacionalización fue excluida al momento de la aprobación de la resolución y se limitó al derecho de los Estados de disponer libremente de sus riquezas). 3) Resolución nº 1803 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales' 1962. Iniciativa: Comisión de Derechos Humanos recomendó por medio del ECOSOC a la AG la creación de una comisión sobre soberanía permanente sobre los recursos naturales. Miembros de la Comisión (Afganistán, Chile, Guatemala, Holanda, Filipinas, Suecia, Unión Soviética, Unión de Repúblicas Árabes, Estados Unidos). Objetivo: lograr un equilibrio de pretensiones entre los Estados que querían consolidar un principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales que abarcara la nacionalización, la participación en la administración empresarial y la participación en los beneficios con las peticiones de otros Estados que se no sólo se negaban a lo solicitado sino que también oponían a ello la justa compensación por nacionalización, el principio de buena fe contractual, la existencia de un estándar mínimo internacional de tratamiento al inversionista entre otros. 4) Resolución nº 2158 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales' 1966. Iniciativa: Ecuador. Objetivo: consolidar el derecho de los países desarrollados a participar en la administración de las empresas de capital extranjero que explotan los recursos naturales y a participar equitativamente en los beneficios. Asimismo la transferencia de bienes de capital y conocimientos técnicos a los países de los países desarrollados a los países en vías de desarrollo. 5) Resolución nº 3016 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales de los países en desarrollo' 1972. Iniciativa: Perú. Objetivo: incluir la prohibición de coerción que ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier índole para coaccionar a

sobre los recursos naturales y los que forjaban la mundialización de los problemas ambientales y el acceso a los recursos naturales nacionales. Este debate se inició con anterioridad¹⁵ a la creación de UN pero se intensificó desde su fundación (1945) hasta la 'Declaración de un Nuevo Orden Internacional' (1974). En el marco de la Conferencia de Estocolmo, algunos países en vías de desarrollo supieron dimensionar las implicancias jurídicas negativas de empezar a consolidar una obligación de proteger los recursos naturales. Con el fin de frenar el avance sobre la soberanía de los Estados sobre sus recursos nacionales, Chile propuso que la equidad no debiera referirse sólo a las generaciones futuras sino también a las presentes¹⁶. La petición chilena era una forma sutil de defender la necesidad de desarrollo de algunos Estados para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos actuales. El interrogante que subyacía a estas reivindicaciones era ¿cómo era posible preocuparnos por las generaciones futuras sino podemos satisfacer las necesidades de las actuales?

El hecho de que la obligación de proteger el medio ambiente no obligue directamente al Estado en pos de generaciones futuras, se lo debemos a la resistencia de Brasil, Zambia, Yugoslavia y Costa Rica. Inicialmente el Secretario General de la Conferencia había propuesto que la Declaración no se refiriera de forma genérica e impersonal a los recursos naturales "de la tierra" sino que hiciera

otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier tipo.

¹⁵ Un claro ejemplo de esta tendencia es la Carta Atlántica entre Gran Bretaña y Estados Unidos en 1941: "4. Se esforzarán, respetando totalmente sus obligaciones existentes, en extender a todos los Estados, pequeños o grandes, victoriosos o vencidos, la posibilidad de acceso a condiciones de igualdad al comercio y a las materias primas mundiales que son necesarias para su prosperidad económica".

¹⁶ SOHN L.B., "The Stockholm Declaration on the Human Environment", 14 *Harv. Int'l L.J.*, 1973, pp. 431.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

especial referencia a los recursos naturales “de los Estados”. Específicamente proponía que el Principio 2 debía disponer que: “*States shall carefully husband their natural resources and shall hold in trust for present and future generations the air, water, land and plants, and animals on which all life depends*”. La propuesta fue rechazada por los Estados en vías de desarrollo que sostuvieron que esta previsión restringía el concepto de soberanía nacional y era una discriminación para los países que justamente estaban en un proceso de desarrollo¹⁷.

En este sentido creemos que la preocupación de los Estados en vías de desarrollo era legítima. La consolidación de la equidad intergeneracional como una obligación general de proteger¹⁸ puede sustituir la dialéctica Estado vs recursos naturales por la de generaciones vs recursos naturales y eso tiene indudablemente un impacto en el debilitamiento del principio de soberanía del Estado sobre sus propios recursos. Se busca consolidar una obligación de protección y preservación de recursos naturales “planetarios” y no nacionales, lo que generaría que los Estados tengan una obligación de protección por encima de los límites fronterizos y en desmedro del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. En esta línea de pensamiento, Weiss establece un conjunto de deberes planetarios¹⁹ que, si se analizan, son idénticos a los

¹⁷ SOHN L. B., “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *ob. cit.* nota 16, pp. 456-457.

¹⁸ ROSSI C., *Equity and International Law: A legal realist approach to international decision making*, Transnational Publishers, New York, 1993, p. 254.

¹⁹ Entre los deberes que señala encontramos: deber de adoptar medidas positivas para conservar los recursos naturales y culturales, deber de asegurar la no discriminación en el acceso al uso y beneficio de los recursos naturales, deber de evitar o mitigar los impactos adversos en los recursos naturales, deber de notificar y brindar asistencia en caso de emergencias, deber de soportar los costos del daño natural y cultural a los recursos naturales.

Magdalena García Elorrio

deberes estatales en materia ambiental pero sustituyen su titularidad y destinatario: es una lógica de todos para todos. Pese a las implicancias jurídicas que pudiesen existir en un futuro, hoy el debilitamiento de la soberanía es más axiológico que jurídico porque las generaciones futuras carecen de titularidad de derechos y representatividad colectiva capaz de velar por la protección de los recursos en pos de su propio beneficio.

Con posterioridad a la ‘Declaración de Estocolmo’, la misma disposición ha sido reiterada el artículo 30 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁰, el Principio 3 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), el texto del Informe de la Comisión Mundial para el Ambiente y Desarrollo “Our Common Future” (1987)²¹, y en una diversidad de instrumentos *hard law* entre los que encontramos: .artículo 3.1 de la Convención Marco de UN sobre Cambio Climático, .artículo 4.1 del ‘Acuerdo que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes’(1979)²², .Preámbulo de la

²⁰ “La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente” (Res. 3281 (XXIX) de la AG de la NU, 12/12/1974).

²¹ Development and International Economic cooperation: environment, Report of the World Commission on Environment and Development, A/43/427, 4 August 1987, p.54.

²² 4.1 “La exploración y utilización de la Luna incumbirán a toda la humanidad y se efectuarán en provecho y en interés de todos los países, sea

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (1979)²³, .Preámbulo de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979)²⁴, .Preámbulo de la Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (1979)²⁵, entre otros.

Resaltamos la recepción de la equidad intergeneracional en el artículo 3.1 de la Convención Marco de Cambio Climático porque la misma no ha sido empleada en el Preámbulo sino que integra el articulado de la Convención. Específicamente dispone que

“Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países

cual fuere su grado de desarrollo económico y científico. Se tendrán debidamente en cuenta los intereses de las generaciones actuales y venideras, así como la necesidad de promover niveles de vida más altos y mejores condiciones de progreso y desarrollo económico y social de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”.

²³ Preámbulo: “Recognizing that wild fauna and flora in their many beautiful and varied forms are an irreplaceable part of the natural systems of the earth which must be protected for this and the generations to come”.

²⁴ Preámbulo: “CONSCIENTES de que cada generación humana administra los recursos de la tierra para las generaciones futuras y tiene el deber de que dicho legado se conserve y de que cuando esté sujeto a uso se haga con prudencia”.

²⁵ Preámbulo: “Recognizing that wild flora and fauna constitute a natural heritage of aesthetic, scientific, cultural, recreational, economic and intrinsic value that needs to be preserved and handed on to future generations”.

Magdalena García Elorrio

desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”.

En este sentido es discutible si en este caso concreto la equidad intergeneracional constituye una consideración genérica o una obligación jurídica específica²⁶. Tomando en cuenta la expresión “se guiarán” entendemos que los principios establecidos en el artículo 3 son pautas de implementación de las obligaciones más que obligaciones en sí mismas.

En materia de jurisprudencia internacional, la equidad intergeneracional no ha tenido cabida en las sentencias de la CIJ. No obstante, el Juez Weeramantry ha hecho expresa referencia a la misma en dos Opiniones Separadas y una Opinión Disidente. La primera Opinión Separada fue en el caso de delimitación marítima (Dinamarca vs Noruega) donde el Juez enfatizó en la intertemporalidad, y el carácter “planetario” de los recursos naturales:

*“235. A search of global traditions of equity in this fashion can yield perspectives of far-reaching importance in developing the law of the sea. Among such perspectives deeply ingrained therein, which international law has not yet tapped, are concepts of a higher trust of earth resources, an equitable use thereof which extends *inter-temporally*, the “sui generis” status accorded to such *planetary resources* as land, lakes, and rivers the concept of wise stewardship thereof, and their conservation *for the benefit of future**

²⁶ GOURGOURINIS A., “Delineating the Normativity of Equity in International Law”, *International Community Law Review* n°11, 2009, pp. 342-343.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

*generations. Their potential for the development of the law of the sea is self-evident*²⁷.

En la Opinión Disidente del caso Nuclear Test (New Zealand vs France) 1995 el Juez avanzó en la determinación del *status* jurídico de la noción de equidad intergeneracional:

*“The case before the court raises, as no case before the court has done, the principle of intergenerational equity - an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law... The court has not thus far had occasion to make any pronouncement on this rapidly developing field... [The case] ... raises in pointed form the possibility of damage to generations yet unborn*²⁸.

Y finalmente, la Segunda Opinión Separada fue en la Opinión Consultiva de la CIJ en el caso Nuclear Weapons Advisory Opinion donde Weeramantry se refirió a los derechos de las generaciones futuras en materia de daño ambiental:

“At any level of discourse, it would be safe to pronounce that no one generation is entitled, for whatever purpose, to inflict such damage on succeeding generations... This Court, as the principal judicial organ of the United Nations, empowered to state and apply international law...must, in its jurisprudence, pay due recognition to the rights of future generations... [T]he rights of

²⁷ ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment of 14 June 1993, Separate Opinion, p. 274.

²⁸ ICJ, *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Case, Dissenting Opinion Judge Weeramantry, p. 341.

Magdalena García Elorrio

*future generations have passed the stage when they were merely an embryonic right struggling for recognition. They have woven themselves into international law through major treaties, through juristic opinion and through general principles of law recognized by civilized nations*²⁹.

Pronuciamientos similares a los del Juez Weeramantry pueden observarse en los votos del Juez Cançado Trindade en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ('CIDH')). En el Voto Razonado del 'Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala', 25 de noviembre de 2000 el jurista brasileño estableció que:

*“23. La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial – es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, - sino también en una dimensión temporal - es decir, **entre las generaciones que se suceden en el tiempo, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto**. Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano”*³⁰.

Pese a que puede objetarse la validez relativa de estas opiniones por tratarse de opiniones separadas o disidentes, consideramos importante resaltar que la idea de equidad intergeneracional viene siendo objeto de reflexiones por jueces de la CIJ y de la CIDH. En nuestro caso, valoramos como significativo que los jueces se hayan hecho eco de estos nuevos conceptos y lo hayan

²⁹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion* 8th July 1996, *Separate Opinion Judge Weeramantry*, p. 233.

³⁰ CIDH, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en el 'Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala', 25 de noviembre de 2000, p. 9.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

plasmado en sus opiniones personales como una forma de contribuir a sentar las bases jurídicas para futuros desarrollos sobre el rol de la equidad en su dimensión inter-temporal. Sin embargo, creemos que la recepción de una obligación de proteger el medio ambiente en términos amplios más que una solución jurídica al problema del consumo desmedido de recursos naturales o a su degradación puede generar la consolidación de la vía libre a los intereses de los países desarrollados que buscan restablecer el equilibrio entre la disponibilidad de los recursos naturales y el consumo.

III. La equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad

Tal y como hemos mencionado en la introducción de este trabajo, entre las cuestiones que intenta abordar la equidad intrageneracional encontramos la distribución equitativa de los beneficios entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo. Entre los documentos *soft law* que han receptado esta noción encontramos la 'Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional' (1974)³¹, Programa de acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional³², la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados³³, la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano (1972) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), entre otros. Todos los documentos coinciden en establecer 'medios' para contrarrestar la inequidad de los beneficios económicos. Los principales 'medios' propuestos son: la cooperación internacional en materia económica,

³¹ A/RES/S-6/3201, 1974.

³² Lo expuesto también se reiteró en el Programa de acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (A/RES/S-6/3202, 1974).

³³ A/RES/29/3281, 1974.

comercial, científica y técnica, el establecimiento de relaciones económicas equitativas entre los precios de exportación e importación de productos, la creación de condiciones que permitan una mayor expansión del comercio internacional, el fortalecimiento de la independencia económica de los países en desarrollo, la consideración de las diferencias y necesidades específicas de los Estados en vías de desarrollo en las relaciones económicas, entre otros.

Otro ámbito donde opera la equidad intrageneracional es en la distribución de beneficios derivados de la explotación de los bienes de patrimonio común de la humanidad³⁴. En materia de explotación del espacio ultraterrestre el 'Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Extraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celeste' (1969) establece en su artículo I que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluida la Luna y otros cuerpos celestes debe hacerse en interés de todos los países sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico e incumben a toda la humanidad. Sin embargo el tratado no establece un régimen para articular el aprovechamiento equitativo del espacio ultraterrestre. La única disposición que tiene por fin garantizar un acceso equitativo a los conocimientos científicos que se obtengan de la explotación del espacio es el artículo II referido al deber de los Estados de informar al público y a la comunidad científica internacional los resultados de las actividades³⁵. En este sentido, el

³⁴ FRANCK T., "Equity in International Law" in Jasentuliyana N. (ed), *Perspectives on International Law* 1995, p. 45.

³⁵ "Artículo II. A fin de fomentar la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos los Estados Partes en el Tratado que desarrollan actividades en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, convienen en informar en la mayor medida posible dentro de lo viable y factible al

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Informe “Our Common Future” ha manifestado que uno de los mayores inconvenientes en el aprovechamiento conjunto del espacio ultraterrestre es la omisión de los Estados de compartir la información con el resto de los Estados que no carecen de recursos económicos y tecnológicos para implementar esas actividades³⁶.

El ‘Acuerdo que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes’ (1979) reitera el deber de información como criterio de equidad intrageneracional y establece que uno de los objetivos centrales del régimen previsto es lograr “una participación equitativa de todos los Estados Partes en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniéndose especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los Estados países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan contribuido directa o indirectamente a la exploración de la Luna”. No obstante, ninguna disposición prevé la transferencia de tecnología o fondos que permitan un mayor acceso de los países en vías de desarrollo al espacio ultraterrestre ni tampoco ningún sistema de distribución de beneficios de las actividades realizadas por otros Estados.

En el ámbito de la Convención de Derecho Internacional del Mar (en adelante ‘CONVEMAR’) la equidad intrageneracional parece garantizada en la consideración de la Zona y los fondos marinos oceánicos de patrimonio común de la humanidad³⁷ con el

Secretario General de Naciones Unidas, así como al público y a la comunidad científica internacional, acerca de la naturaleza, marcha, localización y resultado de dichas actividades. El Secretario General de Naciones Unidas debe estar en condiciones de difundir eficazmente tal información, inmediateamente después de recibirla”.

³⁶ A/43/427, ‘Development and International Economic cooperation: environment, Report of the World Commission on Environment and Development’, 4 August 1987, p. 271.

³⁷ Artículo 13.6: Patrimonio común de la humanidad. La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad. Artículo 137. Condición jurídica de

Magdalena García Elorrio

objeto de efectuar una distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la zona³⁸. En principio la CONVEMAR buscaba garantizar la distribución equitativa de los beneficios de la exploración y explotación de la Zona y fondo marino oceánico en su Parte XI por medio de las siguientes disposiciones:

la Zona y sus recursos. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación. 2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad. 3. Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales extraídos de la Zona, salvo de conformidad con esta Parte. De otro modo, no se reconocerá tal reivindicación, adquisición o ejercicio de derechos.

³⁸ El artículo 140 de la CONVEMAR dispone que: 1. Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya sean ribereños o sin litoral, y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo y de los pueblos que no hayan logrado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 1514 (XV) y otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General. 2. La Autoridad dispondrá la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona mediante un mecanismo apropiado, sobre una base no discriminatoria, de conformidad con el inciso i) del apartado f) del párrafo 2 del artículo 160.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- . Sistema de Control de cantidades de extracción a los Estados y/o contratistas privados con el objeto de proteger a los países en desarrollo afectados por la actividad minera en la Zona³⁹.
- . Sistema de compensación para los países en vías de desarrollo afectados por la actividad minera en la Zona⁴⁰.
- . Obligación de los Estados de financiar las actividades de la Zona⁴¹.

³⁹ El artículo 150 de la CONVEMAR sobre Política general relacionada con las actividades en la Zona dispone que: “Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, de manera que fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promuevan la cooperación internacional en pro del desarrollo general de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo, y con miras a asegurar: h) La protección de los Estados en desarrollo respecto de los efectos adversos en sus economías o en sus ingresos de exportación resultantes de una reducción del precio o del volumen de exportación de un mineral, en la medida en que tal reducción sea ocasionada por actividades en la Zona, con arreglo al artículo 151”.

⁴⁰ El Artículo 151.10 de la CONVEMAR establece que: “Por recomendación del Consejo fundada en el asesoramiento de la Comisión de Planificación Económica, la Asamblea establecerá un sistema de compensación o adoptará otras medidas de asistencia para el reajuste económico, incluida la cooperación con los organismos especializados y otras organizaciones internacionales, en favor de los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que tal disminución se deba a actividades en la Zona. Previa solicitud, la Asamblea iniciará estudios de los problemas de los Estados que puedan verse más gravemente afectados, a fin de minimizar sus dificultades y prestarles ayuda para su reajuste económico”.

⁴¹ El artículo II párrafo 3 a) del Anexo IV de la CONVEMAR dispone: 3.a) Se proporcionarán a la Empresa los fondos necesarios para explorar y explotar un sitio minero y para transportar, tratar y comercializar los minerales extraídos de él y el níquel, el cobre, el cobalto y el manganeso obtenidos, así como para cubrir sus gastos administrativos iniciales. La Comisión

Magdalena García Elorrio

· Obligación de los Estados y/o contratistas privados de transferir tecnología a la empresa y/o países en vías de desarrollo⁴².

Preparatoria consignará el monto de esos fondos, así como los criterios y factores para su reajuste, en los proyectos de normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad.

⁴² El artículo 5 del Anexo III de la CONVEMAR dispone en relación a la Transmisión de tecnología que: “1. Al presentar un plan de trabajo, el solicitante pondrá a disposición de la Autoridad una descripción general del equipo y los métodos que utilizará al realizar actividades en la Zona, así como la información pertinente, que no sea objeto de derechos de propiedad industrial, acerca de las características de esa tecnología y la información sobre dónde puede obtenerse tal tecnología. 2. Todo operador informará a la Autoridad de los cambios en la descripción e información que se pongan a su disposición en virtud del párrafo 1, cuando se introduzca una modificación o innovación tecnológica importante. 3. Los contratos para realizar actividades en la Zona incluirán las siguientes obligaciones para el contratista: a) Poner a disposición de la Empresa, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, cuando la Autoridad lo solicite, la tecnología que utilice al realizar actividades en la Zona en virtud del contrato y que esté legalmente facultado para transmitir. La transmisión se hará por medio de licencias u otros arreglos apropiados que el contratista negociará con la Empresa y que se especificarán en un acuerdo especial complementario del contrato. Sólo se podrá hacer valer esta obligación si la Empresa determina que no puede obtener en el mercado libre, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, la misma tecnología u otra igualmente útil y eficiente; b) Obtener del propietario de toda tecnología utilizada para realizar actividades en la Zona en virtud del contrato, que no esté generalmente disponible en el mercado libre ni sea la prevista en el apartado a), la garantía escrita de que, cuando la Autoridad lo solicite, pondrá esa tecnología a disposición de la Empresa en la misma medida en que esté a disposición del contratista, por medio de licencias u otros arreglos apropiados y según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables. Si no se obtuviere esa garantía, el contratista no utilizará dicha tecnología para realizar actividades en la Zona; c) Adquirir del propietario mediante un contrato ejecutorio, a solicitud de la Empresa y siempre que le resulte posible hacerlo sin gasto sustancial, el derecho de transmitir a la Empresa la tecnología que utilice al realizar actividades en la

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Sin embargo, por la presión de Estados Unidos y otros países industrializados que amenazaban con no ser parte de la Convención si no se efectuaban modificaciones sustanciales en la Parte XI, en 1994 se celebró un 'Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la "Convención de UN sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982' donde se eliminaron y/o modificaron todas las medidas orientadas a favorecer la real distribución equitativa de los beneficios económicos. Los cambios más significativos del Acuerdo son:

- . Crea un Comité de Finanzas conformado por los 5 países industrializados (entre ellos EEUU) con derecho a veto en caso de temas sustanciales⁴³.
- . Garantiza a EEUU un lugar constante en el Consejo de la Autoridad al incluir como requisito que se reserve un lugar al Estado

Zona en virtud del contrato que no esté legalmente facultado para transmitir ni esté generalmente disponible en el mercado libre".

⁴³ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 9. 3: "Los miembros del Comité de Finanzas serán elegidos por la Asamblea y se tendrá debidamente en cuenta la necesidad de una distribución geográfica equitativa y la representación de intereses especiales. Cada grupo de Estados a que se refieren los apartados a), b), c), y d) del párrafo 15 de la sección 3 de este anexo estará representado en el Comité por un miembro por lo menos. Hasta que la Autoridad tenga fondos suficientes, al margen de las cuotas, para sufragar sus gastos administrativos, se incluirá entre los miembros del Comité a los cinco mayores contribuyentes financieros al presupuesto administrativo de la Autoridad. De allí en adelante, la elección de un miembro de cada grupo se hará sobre la base de los candidatos propuestos por los miembros". 9.8: El Comité de Finanzas adoptará las decisiones relativas a cuestiones de procedimiento por mayoría de los miembros presentes y votantes. Las decisiones sobre cuestiones de fondo se adoptarán por consenso".

Magdalena García Elorrio

que tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto al momento de entrada en vigor de la Convención⁴⁴.

. Implementa un sistema de toma de decisiones en el Consejo que requiere el consenso de todos los miembros y en caso de no lograrlo se requiere la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes pero otorga a los países más industrializados el derecho a oponerse por mayoría mediante una mayoría simple de la cámara a la que pertenecen (consumidores, inversionistas, importadores)⁴⁵⁻⁴⁶.

⁴⁴ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.15. El Consejo estará integrado por 36 miembros de la Autoridad elegidos por la Asamblea en el orden siguiente: a) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, durante los últimos cinco años respecto de los cuales se disponga de estadísticas, hayan absorbido más del 2% en términos de valor del consumo mundial total o hayan efectuado importaciones netas de más del 2% en términos de valor de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la Zona, a condición de que entre esos cuatro miembros se incluya a un Estado de la región de Europa oriental que tenga la economía más importante de esa región en términos de producto interno bruto, y al Estado que, a la fecha de la entrada en vigor de la Convención, tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto, si esos Estados desean estar representados en este grupo”.

⁴⁵ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.5 “Si todos los intentos de adoptar una decisión por consenso se hubieren agotado, las decisiones sobre cuestiones de procedimiento adoptadas por votación en el Consejo lo serán por mayoría de los miembros presentes y votantes, y las decisiones sobre cuestiones de fondo, salvo en los casos en que la Convención disponga que se adopten por consenso en el Consejo, lo serán por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, a menos que se oponga a tales decisiones la mayoría en cualquiera de las cámaras mencionadas en el párrafo 9. Al adoptar decisiones, el Consejo procurará promover los intereses de todos los miembros de la Autoridad”.

⁴⁶ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.15. “El Consejo estará integrado por 36 miembros de la Autoridad elegidos por la Asamblea en el orden siguiente: a) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, durante los últimos cinco años respecto de los cuales se disponga

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

. Elimina la obligación de los Estados de financiar a la Empresa para que lleve adelante actividades en la Zona en beneficio de toda la humanidad⁴⁷.

de estadísticas, hayan absorbido más del 2% en términos de valor del consumo mundial total o hayan efectuado importaciones netas de más del 2% en términos de valor de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la Zona, a condición de que entre esos cuatro miembros se incluya a un Estado de la región de Europa oriental que tenga la economía más importante de esa región en términos de producto interno bruto, y al Estado que, a la fecha de la entrada en vigor de la Convención, tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto, si esos Estados desean estar representados en este grupo; b) Cuatro miembros escogidos entre los ocho Estados Partes que, directamente o por medio de sus nacionales, hayan hecho las mayores inversiones en la preparación y realización de actividades en la Zona; c) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, sobre la base de la producción de las áreas que se encuentran bajo su jurisdicción, sean grandes exportadores netos de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, incluidos por lo menos dos Estados en desarrollo cuyas exportaciones de esos minerales tengan importancia considerable para su economía; d) Seis miembros escogidos entre los Estados Partes en desarrollo, que representen intereses especiales. Los intereses especiales que han de estar representados incluirán los de los Estados con gran población, los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, los Estados insulares, los Estados que sean grandes importadores de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, los Estados que sean productores potenciales de tales minerales y los Estados en desarrollo menos adelantados; e) Dieciocho miembros escogidos de conformidad con el principio de asegurar una distribución geográfica equitativa de los puestos del Consejo en su totalidad, a condición de que cada región geográfica cuente por lo menos con un miembro elegido en virtud de este apartado. A tal efecto se considerarán regiones geográficas África, América Latina y el Caribe, Asia, Europa occidental y otros Estados, y Europa oriental”.

⁴⁷ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 3.5: “La obligación de los Estados Partes de financiar las actividades de la Empresa en un sitio minero prevista en el párrafo 3 del artículo 11 del anexo IV de la Convención no será aplicable, y los Estados Partes no estarán obligados a financiar

Magdalena García Elorrio

. Elimina el sistema de control que disponía la Autoridad sobre los Estados y/o contratistas privados para proteger las economías de los países en desarrollo afectadas por las actividades de explotación.

. Prohíbe el otorgamiento de subsidios⁴⁸.

. Elimina el sistema de compensación a países en desarrollo perjudicados por la actividad en la Zona y en su lugar fija un Fondo de asistencia económica que se integra con los fondos de la Autoridad una vez que se hayan cubierto los costos administrativos necesarios. Y la cantidad depende del Comité de Finanzas (países industrializados)⁴⁹.

ninguna de las operaciones que se lleven a cabo en los sitios mineros de la Empresa ni las que se lleven a cabo conforme a sus arreglos de empresa conjunta”.

⁴⁸ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 6.1 c) En particular, no se otorgarán subsidios a las actividades realizadas en la Zona salvo en la medida en que lo permitan los acuerdos indicados en el apartado b) El otorgamiento de subsidios para los efectos de estos principios se definirá según los acuerdos indicados en el apartado b).

⁴⁹ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 7. Asistencia económica: “I. La política de la Autoridad de prestar asistencia a los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que tal disminución se deba a actividades en la Zona, se basará en los principios siguientes: a) La Autoridad establecerá un fondo de asistencia económica con cargo a aquella parte de los fondos de la Autoridad que exceda los necesarios para cubrir los gastos administrativos de ésta. La cantidad que se destine a este objeto será determinada periódicamente por el Consejo, por recomendación del Comité de Finanzas. Sólo se destinarán al establecimiento del fondo de asistencia económica fondos procedentes de pagos recibidos de los contratistas, incluida la Empresa, y contribuciones voluntarias; b) Los Estados en desarrollo productores terrestres cuya economía se haya determinado que ha resultado gravemente afectada por la producción de minerales de los fondos marinos recibirán asistencia con cargo al fondo de asistencia económica de

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

. Elimina la obligación del Estado y/o contratista privado que realiza actividades en la Zona de transferir tecnología a la Empresa y/o países en vías de desarrollo⁵⁰.

. Eliminación de la obligación de otorgar créditos a la Empresa para financiar las actividades en la Zona, se intenta igual en condiciones a la Autoridad y las empresas privadas⁵¹.

la Autoridad; c) La Autoridad prestará asistencia con cargo al fondo a los Estados en desarrollo productores terrestres afectados, cuando corresponda, en cooperación con las instituciones mundiales o regionales de desarrollo existentes que tengan la infraestructura y los conocimientos técnicos necesarios para ejecutar esos programas de asistencia; d) El alcance y la duración de esa asistencia se determinarán en cada caso en particular. Al hacerlo, se tomarán debidamente en consideración el carácter y la magnitud de los problemas con que se han encontrado los Estados en desarrollo productores terrestres que hayan resultado afectados.

⁵⁰ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 5.1. Además de regirse por las disposiciones del artículo 144 de la Convención, la transferencia de tecnología se regirá, para los efectos de la Parte XI, por los principios siguientes: a) La Empresa y los Estados en desarrollo que deseen obtener tecnología para la explotación minera de los fondos marinos, procurarán obtener esa tecnología según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables en el mercado abierto, o bien mediante arreglos de empresa conjunta; b) Si la Empresa o los Estados en desarrollo no pudieran obtener tecnología para la explotación minera de los fondos marinos, la Autoridad podrá pedir a todos o a cualquiera de los contratistas y al Estado o los Estados patrocinantes respectivos a que cooperen con ella para facilitar la adquisición de tecnología para la explotación minera de los fondos marinos por la Empresa o por su empresa conjunta, o por uno o varios Estados en desarrollo que deseen adquirir esa tecnología según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, compatibles con la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Los Estados Partes se comprometen a cooperar plena y efectivamente con la Autoridad en ese sentido y a velar porque los contratistas por ellos patrocinados también cooperen plenamente con la Autoridad.

⁵¹ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 2.3: “La obligación de los Estados Partes de financiar las actividades de la Empresa en un sitio

Magdalena García Elorrio

Es de observar que, tanto en el caso del régimen de la Zona y fondos marinos oceánicos y el espacio ultraterrestre la recepción de la equidad intrageneracional es más simbólica que real. En el caso de la CONVEMAR la recepción de la equidad intrageneracional quedó neutralizada con la celebración del Acuerdo sobre regulación de la Parte XI de la Convención. Si bien quedaron algunas previsiones normativas vigentes, las mismas son de carácter general y convergen con normas especiales fijadas en el Acuerdo especial que se aplican de forma prioritaria. El único vestigio de equidad en el régimen comentado es la obligación de garantizar el trato equitativo entre la Empresa y los contratistas privados. Por ello se promueve la eliminación de la obligación del contratista de pagar el canon anual por exploración de la Zona y la obligación de transferir tecnología a la Empresa o a los países en vías de desarrollo. En la regulación del espacio ultraterrestre la participación equitativa se limita a la difusión de la información y no materializa ninguna vía para la distribución real de beneficios entre los Estados Parte.

IV. La equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los recursos naturales compartidos

La introducción de la regla del uso equitativo en materia de recursos naturales compartidos ha tenido por fin superar la confusión conceptual existente entre las prerrogativas jurídicas que se derivan de la noción de “bienes naturales” y las que subyacen a la de “recursos naturales”. Cuando hablamos de “bienes” nos estamos refiriendo a la titularidad de dominio de un Estado sobre la cosa en sí que se encuentra en su territorio. En cambio, la referencia a

minero prevista en el párrafo 3 del artículo II del anexo IV de la Convención no será aplicable, y los Estados Partes no estarán obligados a financiar ninguna de las operaciones que se lleven a cabo en los sitios mineros de la Empresa ni las que se lleven a cabo conforme a sus arreglos de empresa conjunta”.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

“recursos” abarca “lo que se obtiene de un bien, sus producidos, sus rentas, sus utilidades”⁵² (i.e. energía eléctrica, irrigación). La primera consideración ha estado históricamente respaldada por las teorías de la soberanía absoluta y de la integridad territorial absoluta del Estado⁵³. La segunda ha encontrado sustento en la teoría del uso equitativo de los recursos naturales entendiendo que los Estados disponen de un derecho de aprovechamiento común pero no de un derecho de propiedad exclusivo sobre los recursos.

Un ejemplo claro de la equidad intrageneracional en el uso de recursos naturales compartidos es la regulación de los cursos de agua internacionales de la Convención de la CDI sobre ‘Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a la navegación’ (1997). La Convención contempla en su artículo 5 la obligación de los Estados de utilizar los cursos de agua y de participar en su uso, aprovechamiento y protección de manera equitativa y razonable⁵⁴.

⁵² DRNAS DE CLEMENT Z., “Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XII, 2003, pp.79-105.

⁵³ MOERMOND J. O., SHIRLEY E., “Survey of the International Law of Rivers”, 16 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (1987-1988), pp. 140-143.

⁵⁴ Artículo 5: Utilización y participación equitativas y razonables. 1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Magdalena García Elorrio

Todo Estado que pertenece a un sistema de cursos de agua internacionales tiene el derecho-obligación de usar el agua como atributo inherente a su soberanía territorial. La convergencia de derechos-obligaciones de uso equitativo puede traer como consecuencia un conflicto de usos que debe resolverse mediante un balance de factores⁵⁵ que permita determinar el alcance del uso “equitativo”. La utilización de un balance de factores significa que para la CDI lo “equitativo” no es necesariamente “igual”⁵⁶. En este sentido el párrafo 9 del comentario al artículo 5 ha entendido que el balance de factores hace referencia a “algunos ajustes o arreglos a fin de preservar la igualdad de derechos de cada Estado del sistema” que “se han de calcular sobre la base de la equidad, en ausencia de un acuerdo específico respecto de la «participación» de cada Estado del

⁵⁵ Es de observar que, la utilización de un balance de intereses mediante la exposición de los factores que deben tenerse en cuenta, es propio del sistema del common law. En el caso de la obligación de compensación sin negligencia, la determinación de la procedencia o no del sistema objetivo de responsabilidad esta supeditado a que el demandante pruebe y los jueces confirmen, que se trata de una actividad ultrapeligrosa. La determinación de este tipo de actividad es producto de un balance de factores que están previstos en el Restatement (Second) of Torts § 520 (1977) sobre Abnormally Dangerous Activities: “In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes”.

⁵⁶ Comentario al artículo 5 párrafo 8 (Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater, *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II, Part Two, p.98

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sistema en los usos de las aguas”⁵⁷. Como podemos observar, el fundamento del balance es el principio de igualdad soberana entre los Estados que se desprende del artículo 2.1 de la Carta de UN y que implica que ambos Estados tienen igualmente el derecho-obligación de usar equitativa y razonablemente de un curso de agua internacional que integra el territorio de ambos. En este sentido, el uso equitativo de este recurso natural compartido hace a la integridad de uno de los elementos constitutivos del Estado que es su territorio.

En su artículo 6 la Convención enuncia de forma no exhaustiva cuáles son los factores que debieran tenerse en cuenta para considerar un uso como equitativo:

“1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros : a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;

⁵⁷ El comentario transcrito reproduce parte del Tercer informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial [12 y 30 de marzo y 5 de mayo de 1982] A/CN.4/SER.A/1982/Add.1 (Part 1).

Magdalena García Elorrio

g) *La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto. 2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del presente artículo, los Estados del curso de agua de que se trate celebrarán, cuando sea necesario, consultas con un espíritu de cooperación. 3. El peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores”.*

Como podemos observar, en este caso la equidad intrageneracional se traduce en una obligación jurídica concreta de usar los cursos de agua de manera razonable y equitativa. La materialización de la obligación mediante la elaboración del balance de factores tiene como antecedente los principios⁵⁸ elaborados por la Asociación de DI en la Conferencia de Dubrovnik⁵⁹ de 1956 y las ‘Normas de Helsinki’ sobre usos de agua de ríos internacionales adoptadas por la International Law Association en la 52^ª

⁵⁸ V. De conformidad con el principio general expuesto en el párrafo III de esta resolución, los Estados colindantes de un río internacional, al llegar a un acuerdo, y los Estados o tribunales, al resolver una controversia, deberán comparar las ventajas que un determinado aprovechamiento de agua represente para un Estado con los perjuicios que suponga para otro. Con este fin, deberán tenerse en cuenta entre otros, los siguientes factores: a) El derecho de cada Estado a un uso razonable del agua; b) El grado en que cada Estado depende de las aguas de ese río; c) Las ventajas sociales y económicas relativas que obtiene cada Estado y la comunidad ribereña en su totalidad; d) Los acuerdos preexistentes entre los Estados interesados; e) La apropiación de agua efectuada con anterioridad por un Estado.

⁵⁹ ILA, Report of the Forty-seventh Conference, Dubrovnik, 1956, Londres, 1957, pp. 241-243.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Conferencia en Helsinki en agosto de 1966⁶⁰. La misma regla de equidad prevista en el citado artículo 4⁶¹ y 5⁶² de la Convención de

⁶⁰ Artículo V. 1. La participación razonable y equitativa en el sentido del artículo IV se determinará según todos los factores pertinentes de cada caso particular. 2. Entre los factores pertinentes que deben considerarse figuran los siguientes : a) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada Estado ribereño; b) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua por cada Estado ribereño; c) el clima de la cuenca; d) la utilización anterior de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual; e) las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño; f) la población que necesita las aguas de la cuenca en cada Estado ribereño; g) los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño; h) la disponibilidad de otros recursos; i) la prevención del desaprovechamiento innecesario en la

utilización de las aguas de la cuenca; j) la posibilidad de que la indemnización a uno o más Estados corribereños de la cuenca sea medio de dirimir conflictos entre usuarios, y k) el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado ribereño sin causar perjuicio sustancial a un Estado corribereño.

3. El valor de cada factor se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar cuál es la participación razonable y equitativa se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación del conjunto.

⁶¹ Article 4. Equitable and reasonable utilization. Aquifer States shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems according to the principle of equitable and reasonable utilization, as follows: (a) they shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems in a manner that is consistent with the equitable and reasonable accrual of benefits there from to the aquifer States concerned; (b) they shall aim at maximizing the long-term benefits derived from the use of water contained therein; (c) they shall establish individually or jointly a comprehensive utilization plan, taking into account present and future needs of, and alternative water sources for, the aquifer States; and (d) they shall not utilize a recharging transboundary aquifer or aquifer system at a level that would prevent continuance of its effective functioning.

⁶² Article 5. Factors relevant to equitable and reasonable utilization 1. Utilization of a transboundary aquifer or aquifer system in an equitable and

Magdalena García Elorrio

cursos de agua se reitera en el artículo 5 y 6 del Proyecto de la CDI sobre el ‘Derecho de los Acuíferos transfronterizos’ aprobado en segunda lectura por la CDI en 2008⁶³.

Si analizamos detenidamente el contenido de la norma citada podemos observar que el método elegido por los instrumentos mencionados para arribar a un resultado “equitativo”, es idéntico al elegido por la CIJ en materia de delimitación de la plataforma continental⁶⁴ y la Zona Económica Exclusiva⁶⁵ conforme a

reasonable manner within the meaning of draft article 4 requires taking into account all relevant factors, including: (a) the population dependent on the aquifer or aquifer system in each aquifer State; (b) the social, economic and other needs, present and future, of the aquifer States concerned; (c) the natural characteristics of the aquifer or aquifer system; (d) the contribution to the formation and recharge of the aquifer or aquifer system; (e) the existing and potential utilization of the aquifer or aquifer system; (f) the actual and potential effects of the utilization of the aquifer or aquifer system in one aquifer State on other aquifer States concerned; (g) the availability of alternatives to a particular existing and planned utilization of the aquifer or aquifer system; (h) the development, protection and conservation of the aquifer or aquifer system and the costs of measures to be taken to that effect; (i) the role of the aquifer or aquifer system in the related ecosystem. 2. The weight to be given to each factor is to be determined by its importance with regard to a specific transboundary aquifer or aquifer system in comparison with that of other relevant factors. In determining what is equitable and reasonable utilization, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of all the factors. However, in weighing different kinds of utilization of a transboundary aquifer or aquifer system, special regard shall be given to vital human needs. Pp.26-79.

⁶³ *Yearbook of the International Law Commission*, 2008, vol. II, Part Two, Report of the International Law at its sixtieth session, in 2008, (A/63/10), pp. 26-79.

⁶⁴ ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/ Denmark-Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, pp. 50-52. ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinions and Orders, Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982, p.45.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

principios equitativos. Más allá de los ámbitos particulares que las normas pretenden regular, en ambos casos la noción abstracta de “equidad” se concretiza en obligaciones jurídicas exigibles a los Estados. La valoración de los factores depende de las consideraciones axiológicas de los Estados⁶⁶ y en su caso, de un órgano de solución de controversias elegido por las partes.

V. La regla de compensación “equitativa” del daño transfronterizo ambiental como solución jurídica viable

Como cuestión terminológica previa, y siguiendo los razonamientos de Barboza⁶⁷ es preciso aclarar que cuando nos referimos a “responsabilidad” internacional por daño ambiental nos estamos refiriendo a la obligación del Estado de reparar derivada de la comisión de un hecho ilícito que causa un daño ambiental (*responsibility*). Por el contrario, cuando hacemos mención a la “obligación de compensación” nos estamos refiriendo a la obligación que tiene el Estado de compensar el daño derivado de un hecho lícito (*liability*). No utilizamos el término “responsabilidad” para ese supuesto porque etimológicamente⁶⁸ la idea de “responsabilidad”

⁶⁵ ICJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada /U.S.)*, 12th October 1984, pp. 246-352.

⁶⁶ Comentario al artículo 6 (Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater, *Yearbook of the International Law Commission, 1994*, vol. II, Part Two, p.101).

⁶⁷ BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Leiden-Boston, 2011, pp. 22-24.

⁶⁸ Existen tres teorías para explicar la obligación de reparar que surge en la responsabilidad internacional del Estado: tesis objetiva, tesis subjetiva y tesis eclécticas. Todas confluyen que la violación de una obligación internacional es un presupuesto esencial para que exista responsabilidad. La tesis subjetiva entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado esta en la violación de una obligación internacional y en la noción de culpa

Magdalena García Elorrio

viene esencialmente ligada a la nueva obligación jurídica de reparar como consecuencia de la violación de una obligación internacional y en los casos que intentamos referir no existe ilicitud del Estado. Asimismo, utilizamos la “obligación de compensación” cuando nos referimos a la obligación de compensar que recae en el operador del daño y no en el Estado como sujeto de DI.

El daño ambiental abarca el daño transfronterizo ambiental y el daño a los recursos naturales compartidos. Cuando hablamos de daño “transfronterizo” ambiental nos estamos refiriendo a todo daño en el territorio de un Estado o territorio bajo su jurisdicción o control que se produce como consecuencia de la actividad no prohibida desarrollada o planeada en el territorio, jurisdicción o control de otro Estado distinto al del afectado⁶⁹. En el caso de los recursos naturales compartidos no siempre es posible hacer una disociación entre territorio del Estado de origen y territorio del Estado afectado porque puede suceder que la actividad que causa el daño este siendo desarrollada en el mismo “bien” cuya explotación corresponde al aprovechamiento conjunto de ambos Estados.

del agente como elemento psicológico. Mientras que la tesis objetiva exige únicamente la violación de una obligación internacional. Por su parte, en las teorías eclécticas convergen elementos de ambas teorías pero poniendo el foco de atención en el contenido de las normas primarias. Si bien siempre es requisito la existencia de una violación de una obligación internacional (tesis objetiva), la culpa será exigible en la medida que así lo exija una norma primaria específica (tesis subjetiva). Véase: PISILLO MAZZESCHI R. “The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states”, *German yearbook of international law*; vol. 35, Berlin, 1993, pp. 9-51. PALMISANO G., “Fault”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, pp. 1-8.

⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries, pp. 149-151.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el ámbito de la CDI existen diversos Proyectos referidos a la responsabilidad y compensación internacional aplicables a la cuestión del daño ambiental. El Proyecto de 'Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito' (en adelante 'REHII')⁷⁰ aprobado en segunda lectura (C.IV) el 26 de julio de 2001 y elevado a la Asamblea General (AG) para ser aprobado por resolución e incorporado como Anexo⁷¹ establece en su artículo 2 que para que exista hecho ilícito internacional capaz de generar responsabilidad internacional es preciso que converjan dos elementos: la violación de una obligación internacional (elemento objetivo) y la atribución del hecho al Estado (elemento subjetivo). El Proyecto de REHII sólo recepta normas secundarias porque refiere a la obligación de reparar que surge como consecuencia de la violación de normas primarias. La decisión metodológica⁷² de la CDI de limitarse a las normas secundarias es atinada si tenemos en cuenta las consideraciones terminológicas expuestas en la introducción de este trabajo. El Proyecto de REHII no contempla ninguna norma primaria de compensación en caso de que el daño constatado sea producto de una actividad lícita. La única norma de todo el texto que deja abierta la posibilidad a una eventual compensación por hecho lícito es la prevista en el artículo 27 referida a las consecuencias de la invocación de una causa de exclusión de ilicitud que prevé que se entiende sin perjuicio de "la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión"⁷³.

⁷⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, *ob. cit.* nota 63, pp. 27-31.

⁷¹ A/CN.4/L.602/Rev.1.

⁷² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, Volumen II, Segundo Informe sobre la responsabilidad de los Estados, 'Origen de la Responsabilidad Internacional', A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, p. 191.

⁷³ Artículo 27: Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud. La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El

Magdalena García Elorrio

En materia de daño transfronterizo ambiental es absolutamente erróneo sostener que los Proyectos de la CDI provén de un sistema de responsabilidad por hecho ilícito y por hecho lícito del Estado. La CDI sólo prevé normas secundarias a cargo de los Estados para el caso de hecho ilícito internacional en los términos expuestos *supra*. En materia de hecho lícito la CDI no dispone de un Proyecto específico que regule una obligación primaria de compensación. El Proyecto sobre 'Prevención del daño transfronterizo derivado de actividades peligrosas' aprobado en segunda lectura por la CDI en 2001 y elevado a la AG para ser aprobado como resolución, sólo recepta un conjunto de obligaciones primarias de prevención (*ia.* cooperación, consulta, información, notificación)⁷⁴. Por su parte, 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' aprobado en segunda lectura por la CDI en 2006, se limita a enunciar principios y entre ellos contempla la obligación del Estado de garantizar la compensación del operador del daño prescindiendo del hecho lícito o ilícito del Estado.

Afirmar que no existe en los Proyectos mencionados una norma específica de compensación por hecho lícito estatal, no significa que no haya habido intentos de consolidación de una norma en este sentido. Lo que hoy son los dos Proyectos de Prevención y Responsabilidad por pérdida, hasta 1997 fueron tratados conjuntamente por la CDI bajo el tema de Proyecto de 'Responsabilidad Internacional del Estado por las consecuencias derivadas de actos no prohibidos por el DI'. Los trabajos iniciales de

cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

⁷⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, *ob. cit.* nota 65, pp. 147-170.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la CDI sobre este tema sí estaban orientados a la consolidación de una obligación del Estado en caso de hecho lícito. Sin embargo, a medida que la CDI fue avanzando en la codificación y elaboración de las normas aplicables, el papel del Estado fue relegado sólo para las obligaciones de prevención y cooperación *ex ante facto* y la obligación de asegurar el acceso jurisdiccional de las víctimas y la obligación de garantizar una pronta y justa indemnización *ex post facto*. En materia de compensación el Estado quedó fuera de escena y ni siquiera se contempla una obligación subsidiaria en caso de insolvencia o insuficiencia de fondos del operador.

Esta tendencia a la privatización no es una decisión aislada de la CDI, sino que se enmarca en un proceso macro de centralización de la obligación de compensación en el operador del daño transfronterizo ambiental. Este proceso se inició en la década de los 60 y 70 e inicialmente se refería a las actividades *ultra* peligrosas, es decir, actividades de baja probabilidad de que causen daño pero de gran impacto dañoso (*ia*: daño nuclear, aeronáutico, vertidos de petróleo). Estas iniciativas fueron reguladas en acuerdos interestatales que receptan normas de responsabilidad civil transnacional propias del Derecho Internacional Privado. La obligación de compensación es principalmente del operador privado y sólo algunas Convenciones reservan un rol supletorio al Estado⁷⁵ en

⁷⁵ En materia nuclear las Convenciones prevén la responsabilidad residual del Estado en relación a la obligación principal del operador privado. En este sentido, la 'Convención de Viena sobre Responsabilidad por daños nucleares' (1963) ha optado por una obligación subsidiaria del Estado en su artículo VII que prevé que: "1. El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños nucleares. La cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la instalación. El Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las

Magdalena García Elorrio

caso de insuficiencia e insolvencia del operador. En la práctica internacional actual, incluso cuando no hay acuerdo interestatal vigente suelen celebrarse acuerdos *ex post facto* que prevén la obligación de compensación del operador (*i.a.* accidente de *Montara*).

Pese al alcance restringido inicial, la privatización de la compensación sobre el operador se ha ido expandiendo a las actividades peligrosas que causan un daño significativo no necesariamente catastrófico, es decir, aquellas actividades donde existe una alta probabilidad de que suceda un daño pero con impacto menor. Tal es el caso del Proyecto de 'Responsabilidad

cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones, pero sin rebasar el límite que se haya podido fijar de conformidad con lo dispuesto en el artículo V". Asimismo, el 'Convenio de Bruselas sobre responsabilidad de los operadores de barcos nucleares' (1962) que el Estado tiene la obligación de asegurar la compensación por medio de la provisión de fondos públicos necesarios: *Article III 1. The liability of the operator as regards one nuclear ship shall be limited to 1,500 million francs in respect of any one nuclear incident notwithstanding that the nuclear incident may have resulted from any fault or privity of that operator; such limit shall include neither any interest nor costs awarded by a court in actions for compensation under this Convention.*^{2. The operator shall be required to maintain insurance, or other financial security covering his liability for nuclear damage, in such amount, of such type and in such terms as the licensing State shall specify. **The licensing State shall ensure the payment of claims for compensation for nuclear damage established against the operator by providing the necessary funds** up to the limit laid down in paragraph 1 of this Article to the extent that the yield of the insurance or the financial security is inadequate to satisfy such claims.}^{3. However, nothing in paragraph 2 of this Article shall require any Contracting State or any of its constituent subdivisions, such as States, Republics or Cantons, to maintain insurance or other financial security to cover their liability as operators of nuclear ships.}^{4. The franc mentioned in paragraph 1 of this Article is a unit of account constituted by sixty-five and one half milligrams of gold of millesimal fineness nine hundred. The amount awarded may be converted into each national currency in round figures. Conversion into national currencies other than gold shall be effected on the basis of their gold value at the date of payment.}

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' al que nos hemos estado refiriendo, que contempla la obligación del Estado de garantizar la compensación del explotador en caso de daño transfronterizo significativo derivado de actividades peligrosas o *ultra* peligrosas y no admite la obligación de compensación subsidiaria del Estado salvo que este prevista en un acuerdo específico.

En materia de daño a los recursos naturales compartidos, la Convención de 'Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a la navegación' (1997) prevé en su artículo 7 una obligación primaria de prevención que consiste en que los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En caso de violación de esta obligación entre a jugar la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito prevista en el Proyecto de REHII. En materia de daño derivado del accionar lícito del Estado la Convención dispone que:

*"2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los **artículos 5 y 6** y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización".*

La Convención prevé que sí el daño sensible se produce como consecuencia de una accionar lícito del Estado el Estado causante del daño tiene la obligación de consultar con el Estado afectado la adopción de medidas apropiadas de mitigación, eliminación u indemnización de los daños. La misma respuesta jurí-

Magdalena García Elorrio

dica otorga el artículo 6 del Proyecto de la CDI sobre 'Derecho de los acuíferos transfronterizos'⁷⁶. Lo interesante de la solución jurídica que brinda la Convención es que esas medidas deben adoptarse mediante la implementación del balance de factores que analizamos en apartado anterior. Es decir, el alcance y contenido de la compensación por el daño derivado de un accionar lícito se debe acordar mediante la regla de equidad.

De lo expuesto podemos observar que los Proyectos de la CDI dan una respuesta discordante al problema del daño ambiental según sea un daño transfronterizo propiamente dicho o según sea un daño a un recurso natural compartido. En el caso del daño transfronterizo ambiental surge obligación de reparar del Estado sólo si el hecho es ilícito. Si el hecho es lícito surge la obligación de compensación del Estado sólo si hay *lex specialis*. En materia de daño a los recursos naturales compartidos y específicamente la Convención de cursos de agua, la respuesta es idéntica en materia de hecho ilícito. En materia de hecho lícito y a diferencia del daño transfronterizo ambiental, la CDI recurre a la regla de la equidad para determinar las medidas de mitigación e indemnización.

⁷⁶ Article 6. Obligation not to cause significant harm. 1. Aquifer States shall, in utilizing transboundary aquifers or aquifer systems in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located. 2. Aquifer States shall, in undertaking activities other than utilization of a transboundary aquifer or aquifer system that have, or are likely to have, an impact upon that transboundary aquifer or aquifer system, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm through that aquifer or aquifer system to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located. 3. Where significant harm nevertheless is caused to another aquifer State or a State in whose territory a discharge zone is located, the aquifer State whose activities cause such harm shall take, in consultation with the affected State, all appropriate response measures to eliminate or mitigate such harm, having due regard for the provisions of draft articles 4 and 5.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En este sentido entendemos que el Proyecto de 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' no debiera limitarse a fijar la obligación del Estado de garantizar la obligación de compensación por el explotador generalmente privado sino que debiera contener una disposición similar al artículo 7 último párrafo de la 'Convención de cursos de agua' obligando a los Estados a compensar en caso de daño transfronterizo producido pese al accionar lícito del Estado. De esta manera se resolvería el problema de insuficiencia o insolvencia del operador o del fondo si estuviese previsto, la improcedencia en la reclamación de ciertos daños y el tope legal de las compensaciones.

La inclusión de una regla de equidad en materia de compensación por daño derivado de un accionar lícito implicaría otorgar concordancia al sistema de responsabilidad y compensación de la CDI. Consideramos que en el balance de factores a tener en cuenta debiera valorarse los siguientes factores: magnitud del daño transfronterizo, importancia de la actividad económica que causa el daño, posibilidades de sustitución de la actividad, grado de beneficio de la actividad al Estado causante del daño y al Estado afectado, entre otras cuestiones.

VI. Conclusiones

Tomando en consideración las reflexiones realizadas en torno a la recepción jurídica de las nociones de equidad inter e intrageneracional en distintos instrumentos jurídicos es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1) La equidad intergeneracional expresada en la obligación de proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras no constituye una obligación jurídica vinculante para los Estados porque ha sido prevista en términos generales en

Magdalena García Elorrio

distintos instrumentos mayormente de *soft law*. Asimismo su consolidación ha sido resistida por los Estados en vías de desarrollo por entender que constituye una violación a la soberanía sobre sus recursos naturales. En este sentido entendemos la concreción de la equidad intergeneracional en una obligación específica de protección del medio ambiente generaría la irrupción de la dialéctica Estado vs recursos naturales en desmedro de la soberanía estatal.

2) La equidad intrageneracional referida a la distribución de beneficios económicos derivados de la explotación de bienes de patrimonio común de la humanidad como el espacio ultraterrestre, la Zona y los fondos marinos oceánicos ha intentado materializarse en normas convencionales específicas. Sin embargo, podemos concluir que en el estado actual de la regulación internacional convencional dichas normas no reflejan la noción de equidad intrageneracional. Por el contrario, garantizan la preeminencia en la captación de beneficios por un grupo selecto de Estados desarrollados con capacidad económica y tecnológica para invertir en la explotación y exploración en desmedro de los Estados que carecen de dichos medios.

3) La equidad intrageneracional en el uso de los recursos naturales compartidos también se ha traducido en una obligación jurídica específica de uso equitativo de dichos recursos. Tanto la 'Convención de Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a la navegación' de 1997 como el Proyecto de la CDI sobre el 'Derecho sobre los Acuíferos transfronterizo' (2008) contemplan de forma expresa dicha regla. La consideración de "equitativo" del uso compartido del recurso es consecuencia de un balance de factores en torno a las circunstancias especiales del caso.

4) La equidad intrageneracional en el uso de recursos naturales compartidos no se limita a la regla del uso y participación equitativa del recurso sino que es utilizada en ambos instrumentos como

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

método para determinar el alcance de la compensación en caso de daño al recurso compartido en virtud de hecho lícito del Estado.

5) Finalmente entendemos que la regla de la compensación equitativa en caso de daño a los recursos naturales compartidos derivado de hecho lícito podría extrapolarse al caso del daño transfronterizo ambiental que regula el Proyecto 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas'. De esta forma, la compensación del daño dejaría de estar supeditada a las capacidades financieras del explotador, el límite del fondo fijado o el tope legal de la compensación, la existencia o no de un seguro, o de un acuerdo específico que fije la obligación subsidiaria del Estado. Asimismo, la introducción de una norma con estas características permitiría dar coherencia sistémica a las normas de responsabilidad y compensación internacional sin hacer distinciones entre daño transfronterizo y daño a los recursos naturales compartidos.