Derecho Internacional Ambiental

DIEGO URIBE VARGAS
FABIÁN AUGUSTO CÁRDENAS CASTAÑEDA

Con la colaboración de Felipe Cadena García para la primera edición

UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Derecho Internacional Ambiental

Diego Uribe Vargas

Fabián Augusto Cárdenas Castañeda

Con la colaboración de Felipe Cadena García para la primera edición

Universidad de Bogotá
JORGE TADEO LOZANO

AGRADECIMIENTOS

Primeramente gracias a mi Buen Señor Jesús, ya que sin su infaltable amor y compañía, no hubiera caído una gota de tinta sobre las páginas de este libro.
Gracias a Fas, Nabitas, Shampi y mi Mari, porque son el otro motivo.
Al doctor Diego, un total reconocimiento y agradecimiento: esta publicación es el símbolo de una escuela en derecho internacional y asuntos internacionales, es el reflejo de una academia de la vida misma, y prueba documental de una amistad. Gracias al doctor Valencia Ospina, por quien tenemos aprecio y admiración, por su respaldo al presente trabajo.
Gracias a Angélica y a Lulú por haber creído e invertido en este proyecto, así como a nuestro amigo Felipe por su apoyo y constancia. A la UJTL gracias por su respaldo institucional.
Agradezco igualmente las enseñanzas profesionales de mi profesor y amigo Jean D. las cuales resultaron cruciales para desarrollar esta labor.
A Vasco, Ramón, Elsita, Henry y BCFA, agradecemos igualmente su dedicada participación.

Fabián C.

Uribe Vargas, Diego
Derecho internacional ambiental / Diego Uribe Vargas, Fabián Augusto Cárdenas Castañeda. Con la colaboración de Felipe Cadena García. – Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.
376 p.; 28 cm.

ISBN: 978-958-725-021-3

1. DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL I. Cárdenas Castañeda, Fabián Augusto. II. Cadena García, Felipe. III.tit.

CDD341.762'U74º

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

Carrera 4 Nº 22-61 – PBX: 242 7030 – www.utadeo.edu.co

Derecho Internacional Ambiental

ISBN: 978-958-725-021-3

© Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010

Rector: José Fernando Isaza Delgado

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación editorial: Henry Colmenares Melgarejo

Revisión de textos: Elsa Myriam León León

Corrección de estilo: Inés Elvira Rocha Tamayo

Diagramación y diseño de cubierta: Francisco Javier Jiménez Montero

Ilustración de carátula: *El Planeta Árbol*, por Jorge William Vasco, óleo sobre lienzo 120 x 120 cm, 2009

Fotografía de portada: Ramón Flórez

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de la Universidad.

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

Impresión digital: JAVEGRAF

Derecho Internacional Ambiental

Diego Uribe Vargas

Fabián Augusto Cárdenas Castañeda

Con la colaboración de Felipe Cadena García para la primera edición

Universidad de Bogotá
JORGE TADEO LOZANO

CONTENIDO

PRÓLOGO 15

Eduardo Valencia-Ospina

CAPÍTULO I 19

INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Introducción 19

Parte II. Orígenes del Derecho Internacional 21

1. Primeros eventos normativos de naturaleza internacional 23
2. Antecedentes inmediatos del derecho internacional 25
3. El surgimiento del derecho internacional contemporáneo 28

Parte III. Asuntos generales. Iniciando el estudio del Derecho Internacional Ambiental 32

1. Definición de Medio Ambiente 32
2. Fundamentos para la protección del medio ambiente 36

Parte IV. El concepto de Derecho Internacional Ambiental 41

1. Funciones del Derecho Internacional Ambiental 44
   - a. Ciencia y tecnología 46
   - b. Economía 48
   - c. Otros aspectos sociales 50

2. ¿A quién se dirige el Derecho Internacional Ambiental? 51

Parte V. Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico 52

1. El concepto de soberanía 52

2. Los actores del derecho internacional 59

3. Los comunes 63

a. De las concepciones individuales a las concepciones comunes 63

b. *Res communis* y patrimonio de la humanidad 66

c. Preocupaciones comunes 69

d. Obligaciones *erga omnes* 71

4. El concepto de seguridad en derecho internacional 75

Parte VI. Conclusiones 80

CAPÍTULO II
EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL 85

Parte I. Introducción 85

Parte II. Primera etapa. Desde el siglo XIX hasta la creación de la ONU en 1945 86

Parte III. Segunda etapa. Desde la creación de la ONU hasta la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de Estocolmo en 1972. 88

Parte IV. Tercera etapa. Desde Estocolmo hasta la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992 93

1. Documentos de la Conferencia de Estocolmo 94

a. La Declaración de Estocolmo 94

b. El Plan de Acción 95

c. Las recomendaciones 96

2. Otros desarrollos 97
a. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) 97
b. Carta de la Naturaleza 100
c. Estrategia Mundial para la Conservación 100
d. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 102
e. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Informe Brundtland 102
f. Estrategia para cuidar la Tierra 104

Parte V. Cuarta etapa. Desde Río de Janeiro hasta la actualidad 105
1. Desarrollos de la Conferencia de Río 107
a. Declaración de Río 107
b. Agenda 21 109
c. Declaración de principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques (*UNCED Forest Principles*) 111
2. Convenio sobre la Diversidad Biológica 112
3. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático 114
Protocolo de Kyoto 116
4. Desarrollos posteriores a Río de Janeiro 118
a. Comisión de Desarrollo Sostenible 119
b. Cumbre de la Tierra + 5: Nueva York, 1997 120
c. Cumbre del Milenio 122
d. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible: Johannesburgo, 2002 124

Parte VI. Conclusiones 125

CAPÍTULO III 129
FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Tratados 129
1. Tratados en el derecho internacional público 129

2. Tratados para la protección del medio ambiente 132

Parte II. Costumbre Internacional 138
1. La costumbre en el derecho internacional público 138
a. Práctica estatal 140
b. *Opinio juris* 142
2. La costumbre en el derecho internacional ambiental 144

Parte III. Principios generales de derecho 150

Parte IV. Fuentes auxiliares 154
1. Jurisprudencia 154
a. Jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc 158
1) Caso Pacific Fur Seals (*Pacific Fur Seals Arbitration*) (1893) 158
2) Caso Trail Smelter (*Trail Smelter Case*) (1941) 160
3) Caso Lago Lanoux (*Lac Lanoux Arbitration*) (1957) 162
b. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia 163
1) Caso del Canal Corfú (*Corfu Channel Case*) (1949) 163
2) Casos de las pesquerías islandesas (*Icelandic Fisheries Cases*)(1974) 164
3) Casos sobre Ensayos Nucleares 166
Caso Relativo a los Ensayos Nucleares en el Pacífico (*Nuclear Test Case*) (1974) 166
Caso de la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (*The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) (1996) 168
4) Caso Gabčíkovo-Nagymaros (*Gabčíkovo*-Nagymaros Case) (1997) 169
2. Doctrina 174

Parte V. *Soft Law* 177
1. Concepto y orígenes del *Soft Law* 177
2. Ventajas y desventajas del *Soft Law* 179
3. Efectos del *Soft Law* 180

4. El *Soft Law* en el derecho internacional ambiental 182

CAPÍTULO IV 185
PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Principio de acción preventiva 185
1. Introducción 185
2. Definición del principio 185
3. Regulación del principio de prevención en el derecho internacional 187
4. Jurisprudencia internacional en torno al principio de prevención 190
5. Conclusión – estatus jurídico 192

Parte II. Principio de precaución 193
1. Introducción 193
2. Definición y características del principio 194
3. Regulación internacional del principio de precaución 195
4. Jurisprudencia internacional en torno al principio 199
a. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia 199
b. Jurisprudencia del Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio 200
c. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar 201
d. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos 202
5. Algunas discusiones alrededor del principio 202
6. Conclusión – estatus jurídico 204

Parte III. Principio de "responsabilidad común pero diferenciada" 207
1. Introducción 207
2. Concepto, elementos particulares y objetivos del principio 208
3. Instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el principio 213
4. Conclusión – estatus jurídico 215
Parte IV. Principio de cooperación 217
1. Introducción 217
2. Aspectos generales de la cooperación en el derecho internacional público 217

3. Aspectos particulares de la cooperación en el derecho internacional ambiental 218
4. Instrumentos internacionales que consagran el principio de cooperación 220
5. Jurisprudencia internacional en torno al principio de cooperación 223
6. Conclusión – estatus jurídico 224

Parte V. Principio "contaminador-pagador" 225
1. Introducción 225
2. Antecedentes y definición del principio 225
3. Excepciones al principio 229
4. Regulación internacional del principio 230
5. Conclusión – estatus jurídico 232

Parte VI. Principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional 234
1. Introducción 234
2. Concepto y fines del principio 234
3. Instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el principio 237
4. Jurisprudencia que consagra y desarrolla el principio 241
5. Conclusión – estatus jurídico 243

Parte VII. Principio o concepto de desarrollo sostenible 245
1. Introducción 245
2. Concepto, evolución y objetivos del principio de desarrollo sostenible 246
3. Elementos del principio de desarrollo sostenible 254
a. Elementos sustanciales 255
1) Equidad intergeneracional 255
2) Equidad intrageneracional 257
3) Uso sostenible 260
4) Integración de medio ambiente y desarrollo 263
b. Elementos de procedimiento 265
1) Derecho de participación pública en la toma de decisiones 265
2) Derecho de acceso a la información 266

3) Evaluación de impacto medioambiental 266
4. Jurisprudencia internacional que desarrolla el principio de desarrollo sostenible 270
5. Conclusión – estatus jurídico 271

CAPÍTULO V 275
RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR DAÑOS AMBIENTALES

Parte I. Introducción 275

Parte II. Responsabilidad de los Estados en el derecho internacional general 276

Parte III. Responsabilidad de los Estados en el derecho internacional ambiental 280
1. Reglas generales y antecedentes 280
2. Reparación 282
3. Instrumentos de derecho internacional ambiental que regulan la responsabilidad por daños ambientales 284
4. Algunos temas controversiales sobre la responsabilidad internacional por daños ambientales 286

Parte IV. Conclusión 291

CAPÍTULO VI 295
COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

Parte I. Introducción 295
Parte II. Planteamiento del problema 296

Parte III. Sistema de comercio internacional y medidas ambientales 298
1. Organización Mundial de Comercio (OMC-WTO) 298
2. Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) 300

3. Comunidad Andina de Naciones 301
4. Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) 302
5. Proyecto Mesoamérica 302
6. Mercado Común del Sur (MERCOSUR) 303
7. Comunidad Europea 305
8. Comunidad Económica Africana 305

Parte IV. Tratados multilaterales ambientales y restricciones al comercio internacional 306

Parte V. Conclusión 309

CAPÍTULO VII 313
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Introducción 313

Parte II. Características generales 314

Parte III. Principales medios de solución de controversias ambientales 315
1. Diplomáticos 315
a. Negociación y consulta 315
b. Mediación, buenos oficios y conciliación 316
c. Mecanismos de cumplimiento 318
2. Judiciales 319
a. Arbitramento 319
b. Cortes y tribunales internacionales 320
1) Corte Internacional de Justicia 321
Caso Ecuador contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia 322
2) Tribunal Internacional del Derecho del Mar 330
3) Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio 332

4) NAFTA 333
5) Corte Penal Internacional 334
6) Cortes de Derechos Humanos 335
7) Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental 336

Parte IV. Conclusión 336

BIBLIOGRAFÍA 339

I: Índice de libros 339

II. Índice de artículos académicos 347

III. Índice de instrumentos internacionales 353

IV. Páginas Web 369

OBRAS DEL AUTOR 373

ÍNDICE DE MATERIAS 377

PRÓLOGO

Me es altamente honroso y placentero presentar, por medio de este Prólogo, la enjundiosa obra sobre Derecho Internacional Ambiental de que son autores mis distinguidos compatriotas los doctores Diego Uribe Vargas y Fabián Augusto Cárdenas Castañeda. Representan ellos dos generaciones de internacionalistas colombianos, separadas por la edad pero unidas en una misma causa, el imperio del Derecho en las relaciones internacionales. Merece destacar el ejemplo que ofrece el esfuerzo conjunto del estadista y publicista Uribe Vargas y de su aventajado discípulo, el catedrático e investigador Cárdenas Castañeda, plasmado en lo que es un verdadero Tratado. Pues no de otra forma se puede caracterizar el presente libro, que constituye un valioso aporte a la creciente bibliografía sobre el tema, en especial en idioma español. Este libro indudablemente llena un vacío en la literatura jurídica especializada en nuestro país. Su tratamiento coherente y completo, en siete densos capítulos, de lo que hoy pueda calificarse como el sistema de Derecho Internacional Ambiental, lo hace ya obligado punto de referencia no sólo dentro sino también más allá de las fronteras patrias. Su utilidad será manifiesta tanto para juristas, diplomáticos y políticos, como para todo individuo que se preocupe por el avenir del género humano en nuestro cada vez más pequeño y estrecho planeta.

Que se pueda hablar del Derecho Internacional Ambiental como de un sistema jurídico queda ampliamente demostrado por el enfoque global, a lo largo de las trescientas y más páginas que conforman el libro, de los diversos y entrelazados elementos que deben entrar en juego. Lo que no significa que un tal Derecho constituya una disciplina separada y distinta, como lo ponen en evidencia los desarrollos relativos a las Instituciones del Derecho Internacional Ambiental (capítulo I) y la evolución de éste (capítulo II). Ubicado con propiedad dentro del Derecho Internacional General, el Ambiental impone a aquél ciertos desafíos, para usar la expresión de la parte V del primer capítulo. Desafíos que no son exclusivos sino que reflejan la tendencia cada vez más generalizada de adaptar las instituciones del Derecho Internacional, por vía de una evolución dinámica, aún más allá de su desarrollo progresivo, a las necesidades cambiantes y en aumento del mundo contemporáneo.

Baste con citar como ejemplo la expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ejemplo que se ve reforzado cuando se tiene en cuenta que el derecho relativo a la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales debe mostrar un grado suficiente de flexibilidad para responder a los vertiginosos adelantos científicos y tecnológicos de la era moderna.

Dichas protección y conservación son una empresa global de la comunidad internacional en su conjunto. Dentro de esta óptica, el Derecho Internacional Ambiental trasciende las nociones tradicionales que formarán el Derecho Internacional Público. Los desafíos que surgen afectan, pues, como acertadamente lo proponen los autores, los conceptos básicos de la Soberanía y su corolario la No-Intervención, los Actores, los Comunes –expresión no por novedosa menos precisa- y la Seguridad. Sin desconocer el papel primordial que incumbe a la Soberanía, es del caso admitir que no es éste un principio absoluto pues está sujeto a restricciones impuestas por los intereses fundamentales del conjunto de la comunidad internacional. Y aunque siga siendo el Estado el sujeto primario del Derecho Internacional, otros actores no estatales están también cubiertos hoy en día por los principios y reglas del régimen jurídico internacional ambiental.

La localización del Derecho Internacional Ambiental como parte del Derecho Internacional General se pone aún más en evidencia cuando se estudian, respecto del primero, sus fuentes y principios (capítulos III y IV) y la responsabilidad de los Estados por el daño ambiental (capítulo V). Ambos Derechos comparten las fuentes universalmente reconocidas, bien sean las principales -tratados y costumbre- o las auxiliares -jurisprudencia y doctrina-. Y aunque cada uno recurre al soft-law, el Derecho Internacional Ambiental lo hace con más intensidad y frecuencia. En lo que concierne a los principios rectores, se destaca el de la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales, restringido por la prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional. Asimismo, los principios de cooperación, desarrollo sostenible y responsabilidad común pero diferenciada. Otros principios, los de acción preventiva, precaución y contaminador-pagador, aunque más directamente aplicables en el ámbito jurídico internacional ambiental, se ven ya recogidos como principios de más amplia aplicabilidad en Derecho Internacional General. En cuanto a la responsabilidad de los Estados por daños ambientales, son aplicables, según el caso, tanto los principios y reglas relativos a la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos como también aquellos referentes a la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional. Como es bien sabido, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas adoptó, en su anterior quinquenio (2001- 2006), proyectos definitivos sobre ambos temas, que sometió a la consideración de la Asamblea General en 2001 (Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos;

Prevención del Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas) y 2006 (Responsabilidad Internacional en caso de Pérdida Causada por un Daño Transfronterizo Resultante de Actividades Peligrosas).

Todo sistema jurídico que haya de ser eficaz conlleva el acceso a los medios de solución pacífica de diferendos. Como se explica en el último capítulo (VII), el Derecho Internacional Ambiental, aparte de mecanismos de prevención y de control que le son propios, dispone para dirimir pacíficamente las controversias que se susciten bajo su manto, de todos los medios enunciados en el Artículo 33 de la Carta de la ONU. Entre ellos se destaca el recurso al arreglo judicial. A este respecto cabe recordar las iniciativas surgidas en la década de los noventa, encaminadas a la creación de una Corte Internacional del Medio Ambiente como institución independiente y autónoma. Tales iniciativas no fructificaron, a diferencia de lo sucedido en otros campos como el Derecho del Mar, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Penal Internacional. A pesar de ello, podría encontrarse una respuesta a las inquietudes existentes en ese entonces en la determinación hecha por la Corte Internacional de Justicia en 1993, de conformidad con el Artículo 26, párrafo 1 de su Estatuto, de crear en su seno una Sala sobre Materias Ambientales, compuesta de siete miembros. Sin embargo, la Sala, que se reconstituyó periódicamente, nunca fue utilizada a pedido de ningún Estado parte, en un litigio ante la Corte. Después de trece años de inactividad la Corte, en 2006, decidió no proceder a la elección trienal de los miembros que deberían constituir la Sala.

El episodio descrito demuestra elocuentemente que la creación de un foro especializado para resolver disputas sobre Derecho Internacional Ambiental y aún, de manera más generalizada, sobre otras ramas específicas del Derecho Internacional, no es el mecanismo adecuado para la solución pacífica de las controversias internacionales que las involucre. Ello es así a pesar de que el foro especializado forme parte integral del órgano que posee una competencia general sobre todo el Derecho Internacional, la Corte Internacional de Justicia.

Precisamente dicha competencia general explica la preeminencia que los Estados continúan dando a la Corte Mundial, por encima de cualquier otra jurisdicción más limitada, bien sea ratione materiae o ratione personae. Ya en 1992 tuve oportunidad, en la alocución que a nombre del Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Sir Robert Jennings, tuviera el honor de pronunciar ante el Plenario de la Cumbre de Rio, de realzar el papel que incumbía a la Corte en el desarrollo del Derecho Internacional Ambiental. Como explicara en esa ocasión, varias son las razones por las que un tribunal que aplique el Derecho Internacional General es el foro apropiado para el desarrollo del Derecho Ambiental. Entre ellas, vale citar la de que "Este nuevo Derecho Ambiental debe ser visto

como parte integrante del Derecho Internacional General; de lo contrario, técnica y políticamente, se verá privado de la autoridad y fuerza obligatoria de que goza el Derecho Internacional General".

Sobre un mismo telón de fondo, los autores de este libro avanzan algunas ideas propias acerca de cómo la Corte, basándose en presuntas posiciones de las partes en conflicto en el caso incoado ante ella en 2008 por Ecuador en contra de Colombia, habría de desarrollar en su fallo sobre el fondo el Derecho Internacional Ambiental. Al así hacerlo, demuestran ellos un enfoque objetivo del caso. Es cierto que, al menos en lo que concierne a la posición del demandante, sus rasgos generales han sido ya trazados en la demanda, el escrito con que se inició la acción judicial. Pero ante un caso que se encuentra sub-judice, en el que todavía quedan por formalizar los alegatos escritos y orales de las partes, yo personalmente hubiera preferido no mirar en la bola de cristal. Esta actitud, quizás de excesiva prudencia mía, hacia determinados apartes del capítulo VII dedicados al caso entre Ecuador y Colombia, no disminuyen en lo más mínimo el respeto y admiración que profeso por los autores de una obra jurídica de un innegable rigor científico.

La Haya, Febrero de 2009

Eduardo Valencia-Ospina
Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

CAPÍTULO I

INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Introducción

Actualmente los asuntos ambientales han ganado protagonismo en las discusiones más destacadas que tienen lugar en la sociedad internacional, incluyendo conferencias de Estados, foros académicos y en los medios de comunicación. En todas partes se habla del calentamiento global –no obstante que los científicos nos corrigen y enfatizan en el término adecuado: "cambio climático"-, de biodiversidad y la existencia de tantas especies en vías de extinción; también se discute sobre la polución, los problemas derivados con la contaminación de la capa de ozono, grandes desastres naturales ocurridos por el vertimiento de petróleo en el mar, el manejo de desechos, contaminación de ríos y fumigaciones en zonas fronterizas, entre muchas otras cosas. El medio ambiente se encuentra en el centro de atención de la comunidad internacional entera.

Frente a tales preocupaciones globales de la sociedad era importante que existiera una respuesta jurídica; es así como surge el Derecho Internacional Ambiental (DIA), una rama autónoma del Derecho Internacional Público (DIP) muy discutida pero poco estudiada en profundidad . La presente publicación tiene como objetivo presentar un texto de consulta organizado que contenga los fundamentos de la materia, su ubicación en el marco general del DIP, así como el desarrollo de sus instituciones esenciales incluyendo sus fuentes, sujetos, configuración de responsabilidad internacional por temas ambientales y solución de controversias, entre otros asuntos.

La lista actual de temas relativos al Derecho Internacional Ambiental es bastante larga y sigue creciendo día a día en la medida que se generan nuevos acontecimientos que pongan en riesgo el medio ambiente. Por este motivo, para efectos de la presente publicación se decidió no desarrollar temas sustanciales del DIA

como el cambio climático, la biodiversidad o las armas nucleares, *inter alia*. Por el contrario, se consideró prioritario producir un texto básico aplicable a todas las problemáticas existentes así como a aquellas que surjan aun después de su publicación, explicando los pilares fundamentales del DIA como un todo normativo y permitiendo el entendimiento de la lógica jurídica bajo la cual funciona actualmente la materia, a la luz del DIP.

El primer capítulo tiene como objetivo estudiar las generalidades del DIA, incluyendo su origen, su razón de ser, así como su vínculo conceptual e histórico con el DIP, entendiendo sus similitudes y diferencias, a fin de comprender las razones que justifican un estudio autónomo de la materia.

Este capítulo está dividido en tres grandes partes, a saber: Orígenes del Derecho Internacional Ambiental, asuntos generales del mismo y desafíos impuestos por éste al Derecho Internacional Público.

La primera parte es esencialmente histórica, su objetivo es repasar el devenir histórico del DIP como tal, incluyendo sus antecedentes tanto inmediatos como lejanos, así como las instituciones del vigente derecho internacional contemporáneo, con el objetivo de asimilar el vínculo histórico del DIA como uno de los mas recientes resultados del desarrollo general del derecho internacional.

En la segunda parte se pretende adentrar en los detalles más básicos del DIA. Para ello, se presentará una discusión sobre la definición jurídica internacional existente para el medio ambiente, así como los fundamentos normativos internacionales que existen para justificar su protección, a fin de plantear una definición del DIA incluyendo sus destinatarios y funciones jurídicas más representativas.

Finalmente, en la tercera parte se propone un ambicioso ejercicio de lograr poner en paralelo el DIP y el DIA. Teniendo en cuenta que el DIA es una rama autónoma perteneciente al estudio general del DIP, se ha pretendido encontrar los fundamentos jurídicos esenciales existentes en el DIP sobre los cuales se desprende el DIA, incluyendo las variaciones que éste ha tomado respecto de aquel. Entre otros asuntos serán abordados los conceptos de soberanía, actores del DIP, patrimonio común de la humanidad, y el concepto de seguridad internacional.

Las citadas discusiones jurídicas permitirán que estudiantes, profesores, investigadores, diplomáticos, funcionarios de organizaciones internacionales, políticos, así como abogados practicantes, obtengan las bases conceptuales esenciales sobre las cuales se construye y desarrolla el Derecho Internacional Ambiental.

Parte II. Orígenes del Derecho Internacional

El estudio del derecho internacional ambiental, como una rama autónoma del derecho internacional público, necesariamente demanda la remisión a los orígenes del derecho internacional en general. Para este fin, se considera como derecho internacional el sistema normativo de regulación entre organizaciones jurídico-políticas independientes, hoy referenciadas principalmente como Estados y Organizaciones Internacionales[1], pero que inicialmente consistían en naciones, civilizaciones, culturas o, en general, grupos de gentes organizadas bajo una autoridad común[2].

El estudio del derecho internacional público, entendido como el género al cual pertenece la rama específica del derecho internacional ambiental, esencialmente hace referencia al desarrollo de las culturas occidentales, ya que sus orígenes y principios fundamentales reposan en la construcción de los postulados de la historia occidental fundada por la especificidad de los acontecimientos que los construyeron, los cuales han sido transmitidos, no obstante, a culturas no occidentales.

Sin embargo, desde perspectivas no occidentales, se ha propuesto una visión diferente. El profesor japonés Onuma Yasuaki, buscando explicaciones no occidentales a la formación del derecho internacional contemporáneo, ha planteado la llamada *Transcivilization Perspective*[3], según la cual el derecho internacional debe fundarse en criterios mucho más amplios que aquellos formulados por la sociedad internacional westfaliana. La perspectiva transcivilizacional busca que el derecho internacional permita la inclusión de nuevos actores en su formación y explicación. Así, siendo el Estado el más importante de los sujetos internaciona-

1. Es necesario precisar que, aunque los principales sujetos de derecho internacional son los Estados, las nuevas tendencias incluyen el análisis de las organizaciones internacionales, e incluso entes privados con impacto internacional, bien sean organizaciones no gubernamentales, o simplemente individuos. Ver Parte V de este Capítulo, "Desafíos impuestos por el Derecho Internacional Ambiental al derecho internacional clásico".
2. Ver Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimoquinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 60. El derecho internacional se entiende como "*un sistema propio de normas reguladoras de las relaciones entre los distintos grupos humanos organizados presentes en cada una de ellas (las diversas culturas), y llegado el caso de las relaciones de coexistencia entre distintas culturas*".
3. Yasuaki, Onuma, "A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-First Century: A way to Overcome West –Centric and Judiciary –Centric Deficits in International Legal Thoughts", en *International Community Law Review*, 2006, (8), pp. 29-63.

les, circunstancias contemporáneas –como aquellas planteadas por los temas ambientales- demandan la participación creciente de organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, multinacionales, empresas transnacionales, individuos, grupos étnicos, grupos lingüísticos, e incluso civilizaciones o comunidades con identidad propia[4]. De acuerdo con la perspectiva transcivilizacional, sólo con la inclusión universal de todos aquellos partícipes de la sociedad universal puede lograrse que el derecho internacional sea realmente de naturaleza internacional, y no diseñado exclusivamente para sectores de intereses determinados.

El profesor Onuma afirma que, en contraposición con la *transcivilizational perspective*, lamentablemente sólo hemos llegado a alcanzar una *transnational perspective*, en la cual se ha logrado únicamente la participación de actores distintos al Estado -como las organizaciones internacionales- en el derecho internacional, lo cual no es suficiente para hacer de este tema una rama de estudio realmente universal[5].

De acuerdo con el doctrinante japonés, la propuesta de *transcivilizational perspective* y la existente *transnacional perspective* se distinguen de la originaria y precaria *international perspective*[6], en la medida en que supera los fundamentos westfalianos que tenían consideración únicamente de las relaciones Estado –Estado.

Por las anteriores razones, podría afirmarse que el llamado derecho internacional no es verdaderamente internacional sino un derecho occidental impuesto e incorporado en el mundo entero[7]. Sin embargo, las necesidades que han surgido con el estudio de las nuevas ramas del derecho, como el derecho internacional ambiental, requieren la adopción de un nuevo enfoque más comprensivo que incluya los nuevos desarrollos y visiones presentes en la sociedad internacional.

En esta medida, se impone la necesidad de que las reglas de protección ambiental tengan realmente alcances internacionales, para cuyo fin deben actuar los sectores gubernamentales y académicos. Además, cualquier estudio de derecho internacional en la actualidad, considerando la integración de las instituciones vigentes que regulan la sociedad internacional, debe hacerse haciendo estricta referencia a los antecedentes occidentales; esta salvedad responde al hecho de considerar la existencia de culturas no occidentales cuyos antecedentes, dada la manera como trascurrieron los acontecimientos de formación de las instituciones jurídicas in-

4. *Ibid.*, p. 38.
5. *Ibid.*, p. 38.
6. *Ibid.*, p. 32.
7. *Ibid.*, p. 38.

ternacionales, son desconocidos o simplemente no constituyen fundamento de los lineamientos que rigen en la actualidad los destinos del derecho internacional. Todo análisis objetivo debe partir del reconocimiento de las instituciones jurídicas internacionales como el resultado de un proceso exclusivamente occidental al que recientemente se han aunado los demás sectores geográficos y políticos del planeta.

1. Primeros eventos normativos de naturaleza internacional

A pesar de que los antecedentes más directos del surgimiento del derecho internacional datan de los siglos XVI y XVII, existen diversas referencias a eventos más lejanos que verificarían el reconocimiento de relaciones internacionales reguladas por acuerdos normativos de obligatorio cumplimiento. El profesor Shaw relata que aproximadamente en el año 2100 a. de C. se celebró un tratado solemne entre las autoridades de *Lagash* y *Umma*, dos Ciudades–Estado ubicadas en el territorio en el que históricamente se ha asentado la civilización mesopotámica. El objetivo del acuerdo era establecer las fronteras entre las partes. El contenido de las obligaciones fue redactado e impreso en bloques de piedra, lo que hace del documento probablemente uno de los primeros tratados[8] internacionales de que se tenga conocimiento[9].

A estos acontecimientos antiguos se suma el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre Ramsés II de Egipto y el rey del imperio Hitita en el siglo XIII a. de C., de acuerdo con el cual no sólo se implantaba un régimen de no agresión entre las partes, sino que se establecía el respeto a la integridad territorial y soberanía de cada una de las partes[10]. Dicho evento constituye un antecedente a la formación de principios indiscutibles de la actual comunidad internacional, como los contenidos en el artículo 2. 4 de la Carta de las Naciones Unidas: "*Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*"[11].

No obstante, si bien existían algunas nociones que se creían necesarias para la regulación de las relaciones entre partes que no se encontraban sujetas a una autoridad común, tales como la santidad de los tratados y la obligación de cumplir

8. Para los efectos de este texto, se tendrá como referencia la definición vigente de "tratado" existente en el derecho internacional: "*se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*". Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, mayo 23 de 1969, artículo 2 (a).
9. Ver Shaw, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 14.
10. Ver Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 60.
11. Ver Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945, artículo 2. 4.

con los compromisos verbales adquiridos por los representantes de los pueblos (*pacta sunt servanda*)[12], no existía una concepción de comunidad internacional ni de estado, tal como se concibe en la actualidad. Conceptualmente la comunidad internacional no había surgido.

Las culturas griega y romana tuvieron un impacto importante en el desarrollo de las instituciones internacionales vigentes. En la Grecia antigua se desarrollaron conceptos de asociación política y comercial que permitieron la implementación de las relaciones entre las denominadas Ciudades–Estado. De este modo, se implementó un sistema de reconocimiento de derechos entre los miembros de los diversos grupos políticos, antecedente de lo que actualmente se conoce como el "trato nacional". Igualmente se examinó la importancia de otorgar ciertos privilegios a los enviados diplomáticos como medios de conexión entre el establecimiento y los demás grupos foráneos. Las costumbres de la guerra y la religión se entendían como un conglomerado de parámetros de conducta que debían ser respetados o seguidos no solamente al interior de la Ciudad–Estado sino en relación con los grupos con los que se sostenían relaciones[13].

Por su parte, dentro de su altamente tecnificado esquema jurídico, los romanos desarrollaron una institución que reconocía la necesidad de regular las relaciones a nivel externo, la cual se denominó *jus gentium*[14]. Dicho conjunto normativo proveía una serie de reglas simplificadas que regulaban las relaciones entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, las cuales eran impartidas y aplicadas por el denominado *Prætor Peregrinus*[15].

Durante la Edad Media, mientras el régimen reinante era impuesto por una estructura comprensiva, el Estado y la Iglesia que ejercían un poder unificado, las necesidades del comercio y la navegación permitieron el surgimiento de instituciones jurídicas que regularan las relaciones entre comerciantes extranjeros. Dicha situación permitió el surgimiento de la *Law Merchant* inglesa o *Lex Mercatoria*, la cual fue concebida como de aplicación universal. Así mismo, las costumbres marítimas y códigos marítimos se originaron por la necesidad de establecer relaciones comerciales y constituyen las semillas de actuales instituciones de derecho comercial internacional y derecho del mar[16].

12. Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 8, artículo 26.
13. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 16.
14. Según el tratadista Eugène Petit, "*en un sentido restringido, el derecho de gentes comprende las instituciones del derecho romano, de las mismas que pueden participar los extranjeros, lo mismo que los ciudadanos. Pero en la acepción extensa, y la más usada, es el conjunto de reglas aplicadas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad*". Ver Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 23ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 21.
15. Al respecto, ver Ibid., p. 45, 614, 711 y 729; y Medellín, Carlos J. y Medellín Forero, Carlos, *Lecciones de Derecho Romano*, 12ª Edición, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1995, p. 246.
16. Una completa contextualización histórica, origen y explicación del concepto de *lex mercatoria* puede encontrarse en Álvarez Londoño, Luis Fernando y Galán Barrera, Diego Ricardo, *Derecho Internacional Privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 97-98; Oviedo Albán, Jorge, "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria", en *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales, Colección Derecho Privado y Globalización*, Tomo II, dirigido por Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Oviedo Albán, Jorge, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, pp. 23-53, pp. 24-36; y en Cadena Afanador, Walter René, *La nueva lex mercatoria. La Transnacionalización del Derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 65 y ss.

No obstante, los conjuntos normativos no derivaban de la existencia de una conciencia colectiva o el deseo de una integración universal de las culturas, sino que fueron producto de las necesidades cotidianas de mercaderes y marineros de la época. La comunidad internacional, tal como es definida en la actualidad, surgió con la creación de los Estados-Nación, la cual se dio en el marco del proceso histórico de rompimiento del *Ancien Régime* en los siglos XVI y XVII, con la transformación de la denominada *Respublica Christiana* en una comunidad de Estados[17].

2. Antecedentes inmediatos del derecho internacional

El surgimiento del concepto de Estado marca el inicio más inmediato del derecho internacional, en palabras de Shaw "*it was the evolution of the concept of an international community of separate, sovereign, if competing, states, that marks the beginning of what is understood by international law*"[18].

Lo que es comúnmente conocido como el Derecho Internacional clásico está constituido por el evento histórico de mutación de la sociedad medieval en un conjunto plural de estados soberanos que argüían la independencia en relación con las autoridades religiosas que tenían unificado el sistema político y social en el siglo XV.

El término de la Guerra de los Treinta Años, concretado mediante la firma de los tratados de paz de Westfalia en Osnabrück el 6 de agosto de 1648, por parte de los Estados protestantes, y el 24 de Octubre de 1648 en Munster, por parte de los católicos, consolida en Europa el sistema internacional conformado por Estados-Nación que decidieron reconocerse mutuamente como unidades independientes, soberanas y con instituciones de autoridad autónoma[19]. Así las cosas, se cree que la llamada Paz de Westfalia constituye el nacimiento del derecho internacional en vigencia[20].

Estos eventos significaron la conformación de algunos de los más importantes principios que fundan el concepto de Estado, como principal actor y objeto del derecho internacional, entre los cuales se encuentran muchas de las instituciones jurídicas de la vida moderna internacional: diplomacia, soberanía, supremacía del Estado, equilibrio del poder y comunidad de Estados, entre otros[21]. Bajo los

17. Ver Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 22.
18. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 20. "*Fue la evolución del concepto de una comunidad internacional de Estados separados, soberanos, aunque competidores, lo que marca el comienzo de lo que se conoce como derecho internacional*".
19. Ver Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, óp. cit., *supra* nota 17, p. 23.
20. Ver Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 25 y ss. y Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 61 y ss.
21. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 21.

nuevos planteamientos, como institución jurídico-política de organización de la sociedad, era la dinámica real del Estado la que determinaba el desarrollo del Derecho (Estado - Derecho) y no viceversa (Derecho - Estado)[22]. Tales planteamientos contribuyeron a la formación de lo que posteriormente se conocería como derecho positivo.

La nueva forma de concebir el mundo, ya no como un todo unificado por la iglesia, sino como un conglomerado de unidades de autoridad independientes con capacidad de entrar en relaciones mutuas, fue el contexto ideal para que se consolidaran los primeros tratadistas internacionales. Entre ellos vale la pena mencionar a Francisco de Vitoria (1480–1546), quien luego de la Conquista del continente americano abogó por el reconocimiento a los nativos americanos, cuyos pueblos deberían ser considerados como naciones con sus propios intereses legítimos, aunque no en igualdad de condiciones frente a las naciones europeas[23].

Así mismo, se encuentran los trabajos del italiano Alberico Gentili, quien con su obra *De Jure Belli* es considerado uno de los precursores del derecho de la guerra; y el holandés Hugo Grotius, considerado el padre del derecho internacional, por haber sido el primer académico en señalar expresamente la existencia de un ordenamiento jurídico regulador de las relaciones entre Estados independientes[24]. Algunos de sus aportes más reconocidos son el desarrollo de los conceptos de la guerra justa y la proclamación de la libertad de los mares, que fundamenta el ejercicio del mar abierto como un bien común de las naciones de la tierra, principio aún vigente en el derecho del mar[25].

La expansión colonial por parte de las principales unidades estatales europeas, permitió la formación de un sistema propiamente internacional. La sociedad europea occidental ya no era una comunidad reducida; su capacidad de dominación y control político, militar, económico y jurídico sobre sus colonias, permitieron la expansión de los postulados de una comunidad de Estados. Estas circunstancias explican las razones del desarrollo de las instituciones jurídico- internacionales europeas en lo que actualmente es concebido como el derecho internacional público. Estas instituciones, generadas a partir de experiencias históricas particulares, serían implementadas en gran parte de los sistemas jurídico-políticos del mundo, convirtiendo el derecho internacional occidental en el derecho internacional de aplicación general[26].

22. *Ibid.*, p. 21.
23. Al respecto, puede mencionarse el texto *De indis*, publicado en 1532, como uno de los grandes aportes de Francisco de Vitoria al derecho internacional.
24. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 24.
25. Ver Grotius, Hugo, *Mare liberum, sive De jure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, Lugduni Batavorum: ex officina Ludovici Elzevirij, Elzevier, Lowijs (I) Leiden, 1609.
26. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 62.

El eurocentrismo del derecho internacional se consolidaría en el siglo XIX con el denominado Congreso de Viena (1814–1815), que pondría fin a las guerras napoleónicas y restablecería las fronteras entre los países europeos al estado en el que se encontraban en el Antiguo Régimen. El Congreso de Viena constituye uno de los primeros eventos diplomáticos de gran alcance y determinaría la implementación de un derecho internacional en formación y el protagonismo de algunos de los más recordados diplomáticos de la historia como Von Metternich y Charles Maurice de Talleyrand[27].

El Congreso de Viena no fue sólo un escenario para el restablecimiento de la paz en Europa. Las necesidades de coordinación entre unidades soberanas permitieron la creación de algunas de las primeras organizaciones internacionales de que se tenga referencia. Luego de la proclamación de la libertad de navegación en el Rin que se hizo en Viena, se estableció la Comisión del Rin, encargada de verificar y supervisar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados para este propósito[28]; así mismo, en 1856 se creó la Comisión del Danubio[29], que cumplió similares funciones; en 1865 se constituyó la Unión Telegráfica Internacional y en 1874 la Unión Postal Universal[30], las cuales sentaron las bases de lo que actualmente se conoce en derecho internacional público como el derecho internacional institucional, una rama del derecho internacional dedicada al estudio de las reglas y principios que regulan las estructuras de la mayor parte de las organizaciones internacionales que existen en el mundo[31].

Las últimas décadas del siglo XIX estuvieron marcadas por un proceso de concientización sobre las implicaciones de la guerra como asunto de interés internacional, el cual debía ser regulado por el derecho internacional de los pueblos de la Tierra. Es así como los desastrosos actos de inhumanidad y desproporcionalidad en el uso de la fuerza durante la conocida "Batalla de Solferino" entre Austria, Francia y el Reino de Cerdeña, provocaron las reacciones de Henry Dunant, quien es considerado uno de los padres del derecho internacional humanitario al contribuir a la fundación de la Cruz Roja, justo después de que se publicara su famoso libro "Un recuerdo de Solferino", donde narra y denuncia las atrocidades cometidas en dicho enfrentamiento y aboga por el establecimiento de normas de humanidad para la guerra[32].

27. Ver Uribe Vargas, Diego, *La paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales*, Cuarta Edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 53 y ss.
28. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 9, p. 28.
29. *Ibid*., p. 28.
30. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 35.
31. Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, Fourth Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003.
32. Dunant, Jean Henry, *Un Souvenir de Solférino*, publicado en 1862.

Igualmente, vale la pena mencionar que la creación de la Cruz Roja Internacional, no sólo representa un importantísimo evento para el desarrollo y la promoción del derecho internacional humanitario, sino que sus características, esencialmente privadas, han hecho replantear la constitución de los actores del derecho internacional, permitiendo formular que, además de los Estados, existen organismos privados con una alta actividad pública internacional que pueden ocupar el estatus de sujetos y objetos del derecho internacional[33]. Evidencia de ello son las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 y las llamadas Convenciones de Ginebra de 1949[34] y sus protocolos adicionales de 1977[35], fundamento jurídico para la regulación del conflicto armado internacional y el conflicto no internacional, en los cuales jugó un papel importante la Cruz Roja Internacional[36].

En efecto, la preocupación común sobre la humanización de la guerra, como primer evento de interés internacional, provocó la organización y celebración de las citadas Conferencias de paz de La Haya en 1899 y 1907, propuestas y lideradas por el Zar Nicolás I de Rusia, cuyos resultados más importantes fueron la creación de la Corte Permanente de Arbitraje y el establecimiento de algunos principios básicos del derecho aplicable a los conflicto armados[37].

3. El surgimiento del derecho internacional contemporáneo

El fin de la Segunda Guerra Mundial marcó el comienzo de una nueva etapa en el proceso histórico de formación del sistema internacional, en el cual la comunidad internacional adoptó un carácter más universal y buscó algunos criterios mínimos de unificación, moldeando las estructuras del derecho internacional hasta la constitución y forma que poseen en la actualidad. La Sociedad de las Naciones fue reemplazada por las Naciones Unidas, una organización internacional de mayor cobertura y cohesión institucional, con la destacada función de manejar todos aquellos asuntos relacionados con la paz y la seguridad mundial[38], operando como uno de los principales focos para el desarrollo y constante construcción del derecho internacional.

El proceso de construcción de la sociedad internacional, después de la Segunda Guerra Mundial, trajo consigo lo que algunos consideran el paso del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo[39]. Mientras que los

33. Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 43.
34. El 12 de agosto de 1949 se adoptaron las Cuatro Convenciones de Ginebra para regular el derecho de la guerra: la primera, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; la segunda, de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; la tercera, relativa al trato debido a los prisioneros de guerra; y la cuarta, relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
35. El 8 de junio de 1977 fueron adoptados dos Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949: el Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y el Protocolo adicional relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).
36. Toda la información al respecto está disponible en el sitio web oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList2/Home?OpenDocument (consultada en junio 20 de 2008).
37. Ver Uribe Vargas, Diego, óp. cit., *supra* nota 27, pp. 63 y ss.
38. Ver Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 1.
39. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit, *supra* nota 2, p. 66.

pilares de aquél fueron el reconocimiento de una comunidad de Estados occidentales con autoridades independientes y capaces de interrelacionarse para el manejo de asuntos de interés común, y donde el concepto de soberanía era concebido como absoluto y el uso de la fuerza y el recurso de la guerra eran mecanismos aceptados en el manejo de las relaciones internacionales[40], el derecho internacional contemporáneo[41] se caracteriza por promover principios como la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales[42], la prohibición de la intervención en los asuntos internos[43], el respeto por la dignidad humana[44], y la promoción del desarrollo económico y social de los pueblos y el medio ambiente. Diez de Velasco arguye que los factores que impulsaron este proceso de transformación fueron la revolución colonial, la aceptación de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional, y la revolución científica y técnica[45].

El proceso de transformación, universalización, interdependencia y fragmentación de la sociedad internacional comienza con los eventos posteriores a la creación de las Naciones Unidas, aunque definitivamente logra su consolidación con los acontecimientos que siguieron a la finalización de la Guerra Fría y el subsiguiente surgimiento del mundo globalizado, donde las relaciones internacionales pasaron de un plano bipolar socialismo-capitalismo[46], a un estadio de relacionamiento norte-sur (países desarrollados - países en vías de desarrollo)[47].

Si bien la evolución de la sociedad internacional es el resultado de un proceso histórico occidental, actualmente se encuentra –por lo menos desde el punto de vista formal- constituida por los Estados, grupos de Estados y bloques formados en todo el planeta. Es una sociedad universal donde participan no solamente los poderes occidentales sino también los Estados más jóvenes surgidos en el proceso de descolonización del siglo XIX, así como aquellos creados en la segunda gran oleada de descolonización ocurrida durante el siglo XX. Sin duda alguna, la participación de antiguos Estados dependientes ha encontrado en el derecho internacional contemporáneo respaldos jurídicos que garantizan su efectividad. Muestra de ello son las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que rechazan el colonialismo[48].

No obstante, aunque en el marco de las Naciones Unidas se abrieron escenarios de participación directa para los países no occidentales, sus perspectivas no son

40. Ver Neff, Stephen C., "A Short History of International Law", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 29-55.
41. Los principios del Derecho Internacional Contemporáneo aparecieron entre otras: en la Carta de las Naciones Unidas, en diversas resoluciones de la Asamblea General de la ONU y en otros escenarios regionales, como la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), donde se adoptó la conocida Acta de Helsinki de 1975, disponible en http://www.historiasiglo20.org/TEXT/helsinki1975.htm (consultada en noviembre 27 de 2008).
42. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 2.4.
43. *Ibid*., artículo 2.7.
44. Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), diciembre 10 de 1948, Preámbulo. Ver también Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI), diciembre 16 de 1966, Preámbulo y artículo 10.
45. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 64.
46. Durante la vigencia de la denominada Guerra Fría se adoptó, incluso, un régimen político de coexistencia pacífica el cual mantuvo el equilibrio entre los bloques socialista y capitalista. Dichos principios fueron consignados en la famosa Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominada "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional Referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad de la Carta de las Naciones Unidas", disponible en http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/resolucion2625.htm, (consultada en junio 25 de 2008).
47. Ver Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, óp. cit., *supra* nota 17, pp. 28-44.
48. Resoluciones 1514 (XV) de diciembre 14 de 1960 y 3163 (XXVIII) de diciembre 14 de 1973, adoptadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

las mismas que las adoptadas por las potencias. Cabe mencionar, al respecto, el acuerdo que contempla que de las diez sillas de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, cinco deben ser asignadas a Estados africanos y asiáticos, una para los Estados de Europa oriental y dos a los Estados de América Latina[49]; pese a ello, el poder hegemónico de occidente continúa siendo la columna vertebral de la organización. La composición de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad sigue intacta: su asignación perpetua corresponde a los países que ganaron la Segunda Guerra Mundial, y el ejercicio del veto[50] así como de los superpoderes con prevalencia en la escala normativa del derecho internacional[51], los sitúan a la cabeza del dominio político y jurídico internacional. El Consejo de Seguridad, con participación de los Estados de origen no occidental, pero bajo el control último de las potencias del mundo, es sin duda el órgano político más importante del sistema internacional y el único con facultades de legislador internacional[52].

El marco de desigualdad entre las potencias y los demás Estados, así como el sistema de bipolaridad que existió en el periodo de la Guerra Fría, promovieron el surgimiento de un bloque de países que buscaban unos mínimos comunes en su política exterior, con el objeto de hacer contrapeso a la inmensa influencia de los Estados poderosos. Es así como se crea el movimiento de los países No Alineados, un esfuerzo de los Estados del tercer mundo que buscaba la determinación y práctica de criterios conjuntos como el apoyo a los movimientos de liberación nacional, la no pertenencia a pactos militares colectivos, la no participación en alianzas bilaterales con las grandes potencias, y el rechazo al establecimiento de bases militares extranjeras[53]. Los espacios de coordinación diplomática alcanzados por los países No Alineados han sido un ejemplo de los esfuerzos que han hecho los países tercermundistas para afrontar los retos de la sociedad internacional contemporánea, tal como se encuentra actualmente constituida.

Por otro lado, es pertinente precisar que la conformación de la sociedad internacional, como escenario de aplicación del derecho internacional, no es lo único que ha cambiado; sus enfoques, objetivos y propósitos han sido también objeto de permanente evolución. "*Fenómenos como los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos o el aumento del cáncer o de la temperatura de la tierra por el deterioro de la capa de ozono son ejemplos de esa situación*; *(…) todo ello ha reforzado la idea de la existencia*

49. Ver Resolución 1991 A (XVIII) de diciembre 17 de 1963, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
50. El derecho al veto o bloqueo a las decisiones del Consejo de Seguridad se desprende de la regla de unanimidad necesaria para aprobar las decisiones de fondo del Consejo, establecida en el artículo 27.3 de la Carta de las Naciones Unidas. En este sentido, el derecho de veto o principio de unanimidad de los cinco miembros permanentes faculta a cualquiera de ellos para bloquear una decisión del Consejo de Seguridad, pese a que la misma cuente con el apoyo de los demás miembros no permanentes del Consejo.
51. Ver Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 103.
52. Un claro ejemplo de tales facultades lo constituye la Resolución 1373 de 2001, expedida por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y en la que establece el marco normativo en el cual deben actuar todos los Estados con el fin de combatir los actos de terrorismo. En esta norma, el Consejo de Seguridad utiliza verbos de carácter "autoritativo", como "*decide*" que, "*declara*" que, etc., lenguaje característico de un mandato de obligatorio cumplimiento que, para el caso particular, tiene como destinataria la comunidad internacional de los Estados. Además, debe resaltarse que las normas expedidas en aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas prevalecen sobre cualquier otra disposición de derecho, gozando de un carácter prevalente y preponderante en el marco del derecho internacional.
53. Ver Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, óp. cit., *supra* nota 17, p. 34.

de intereses colectivos, ante los que es necesario una acción colectiva multilateral (aunque la superpotencia mundial pretenda, en ocasiones, afrontarlos unilateralmente)"[54].

La sociedad internacional posee nuevas demandas que no pueden ser asumidas individualmente por los Estados, requiriendo la acción mancomunada por parte de la comunidad de Estados. Antiguamente el derecho internacional ocupaba un papel más pasivo en el que buscaba, principalmente, prevenir la interferencia entre los Estados y verificar el cumplimiento de acuerdos particulares entre dos o más de ellos. El derecho contemporáneo se ocupa de temas de origen y desenvolvimiento transnacional que no existían cuando el derecho clásico apareció. Actualmente es imprescindible hablar y abordar desde una perspectiva jurídica temas como el terrorismo, la economía globalizada, la salud humana, la dignidad y respeto de los derechos humanos, la tecnología nuclear, el deterioro del medio ambiente, así como la necesidad de acuerdos regionales de integración para asumir dichas problemáticas de manera más específica.

El derecho internacional contemporáneo es un derecho que ya no concierne únicamente a los intereses de las individualidades de los sujetos de derecho internacional, sino que se inclina por el tratamiento de intereses colectivos, dentro de los que se ubica el estudio del denominado derecho internacional ambiental.

En este contexto, las normas internacionales de protección ambiental han ocupado, por varios años, diversos foros de discusión y creación jurídica, mediante la adopción de tratados internacionales con finalidades de preservación medioambiental y por medio de políticas internacionales que han fortalecido el proceso de formación de la costumbre internacional en materia medioambiental.

Estas circunstancias han hecho del derecho internacional ambiental una rama del derecho internacional público, autónoma, independiente y que constituye el objeto de estudio del presente documento. Desde esta perspectiva, el derecho internacional ambiental hace parte del desarrollo histórico del derecho internacional, en el cual la sociedad internacional ha tomado acciones concretas de regulación jurídica, tendientes a la satisfacción de necesidades internacionales que transcienden los intereses internos de los Estados y las organizaciones internacionales.

54. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 71.

De esta forma, el derecho internacional ambiental es el resultado de los procesos históricos y necesidades actuales que fundamentan lo que es denominado por los académicos como derecho internacional contemporáneo, en el cual las preocupaciones colectivas ocupan un lugar primordial, generando la necesidad de asumir compromisos normativos de aplicación universal. Este proceso tiene como justificación fundamental el lograr que la comunidad de Estados asuma los peligros y amenazas existentes en relación con temas que conciernen a todos los Estados, como los relacionados con el medio ambiente, imprescindiblemente ligado a la paz y seguridad internacionales, y a la existencia misma de la comunidad internacional.

Para el cumplimiento de este objetivo, es necesario que las demandas internacionales contemporáneas no sean satisfechas únicamente mediante compromisos políticos o con normas de *soft law*[55]; por el contrario, es imprescindible que el derecho internacional asuma el conocimiento del medio ambiente e imponga su fuerza normativa y coactiva, con el fin de que se garantice la efectiva salvaguarda del medio ambiente en el mundo. El derecho internacional ambiental está llamado a proporcionar este tipo de explicaciones.

Parte III. Asuntos generales. Iniciando el estudio del Derecho Internacional Ambiental

1. Definición de Medio Ambiente

El inicio del estudio en el campo del derecho internacional ambiental implica, necesariamente, hacer referencia a las discusiones relacionadas con la definición del medio ambiente, por ser éste el principal objeto de estudio de la normatividad internacional que interesa al presente trabajo.

Es preciso señalar que existe una gran disparidad de opiniones en relación con la definición del medio ambiente, tanto desde el punto de vista legal –tratados e instrumentos de "soft law"- como desde el punto de vista doctrinal. La disparidad de posiciones en la doctrina radica esencialmente en la carencia de una definición en alguno de los principales tratados, protocolos, resoluciones, directivas, códi-

55. Ver Capítulo III. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. *Soft Law*.

gos, principios, etc., que han promovido el desarrollo del derecho internacional ambiental[56]. Académicos como Redgwell reconocen, incluso, la imposibilidad de definir el medio ambiente: "*The environment is an amorphous term that has thus far proved incapable of precise legal definition save in particular contexts*"[57].

La razón principal que explica la dificultad existente para definir el medio ambiente, como lo señalan W. Birnie y A.E. Boyle, reside en que "*it is difficult both to identify and to restrict the scope of such an ambiguous term, which could be used to encompass anything from the whole biosphere to the habitat of the smallest creature or organism*"[58]. Adicionalmente, en escenarios como la Unión Europea, se ha planteado que la dificultad más grande para encontrar una definición del medio ambiente está en la incertidumbre existente en relación con la posibilidad de incluir o excluir, dentro del concepto, no solamente la vida animal y vegetal, sino todos aquellos objetos de origen humano que son considerados como patrimonio cultural[59].

Una referencia indirecta acerca de la probable definición del medio ambiente en el contexto del derecho internacional ambiental, se emitió en 1972 en el texto de la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano[60]. Pese a que en este documento no se llega a una definición expresa del medio ambiente, como en ningún otro instrumento, se hacen algunas reseñas conceptuales que vale la pena mencionar.

La Declaración de Estocolmo, la cual posee el carácter de instrumento de "soft law", con una tendencia esencialmente antropocéntrica, define el medio ambiente como todo aquello que rodea al hombre: "*el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea*"[61]. Así mismo, dentro del grado de abstracción en que se considera el término, se usan expresiones como "*el medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar*"[62], enunciando elementos como "*el agua, el aire, la tierra y los seres vivos, […] la biosfera, […] los recursos insustituibles*[63]" así como "*el medio por él creado [el hombre], especialmente aquel en que vive y trabaja*"[64].

Adicionalmente, dentro de la categoría de recursos de la tierra, se mencionan elementos como la flora y la fauna, haciendo especial referencia a los ecosistemas naturales[65] y los recursos no renovables de la tierra, así como los recursos vivos y la vida marina[66]. No obstante, y pese a las anteriores ejemplificaciones de los

56. Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 22.
57. Ver Redgwell, Catherine, "International Environmental Law", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., *supra* nota 40, p. 658. "*El medio ambiente es un término amorfo que ha probado por lo tanto ser imposible de definir de una manera precisa salvo en particulares contextos*".
58. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 30, p. 3. "*Es difícil tanto identificar como restringir el alcance de un término tan ambiguo, el cual podría ser usado para referir cualquier forma desde la biosfera como tal hasta el hábitat de la criatura más pequeña u organismo*".
59. Green Paper COM (93) de la Comisión de la Unión Europea, en Consejo de Regulación (EEC) (Programa de Acción para el Medio Ambiente) No. 1872/84 de junio 28 de 1984.
60. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972). La Conferencia fue convocada por medio de la Resolución 2398 (XXIII) de diciembre 3 de 1968, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, a raíz de una propuesta de la delegación sueca. Ciento trece (113) delegaciones del mundo atendieron el llamado a la Conferencia, con excepción de USSR, Cuba y otros países socialistas que se negaron a asistir por considerar que el criterio de invitación había excluido a determinados Estados, en particular la República Democrática Alemana. En su momento, se consideró que la Conferencia podría ser de utilidad en dos áreas principales: la estimulación de la conciencia pública acerca de los nuevos fenómenos y la provisión de importantes guías para la acción futura gubernamental e intergubernamental. Al respecto, puede verse la Nota Editorial de la Declaración encontrada en *Documents in International Environmental Law*, editado por Sands, Philippe y Galizzi, Paolo, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 3.
61. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 60, parágrafo 1.
62. *Ibid*., parágrafo 6.
63. *Ibid*., parágrafo 3.
64. *Ibid*., parágrafo 3.
65. *Ibid*., Principio 2.
66. *Ibid*., Principio 7.

elementos y características que pretendían incluirse dentro de un concepto global de medio ambiente, no se precisó una noción que fuera aplicable de manera general, salvo, quizá, el hecho de que su definición no solamente implicaba aquellos elementos de origen natural sino también los creados por el hombre, concepto que concuerda con una declaración política que tiene un marcado enfoque antropocéntrico.

En el desarrollo de temas más particulares del derecho internacional se encuentran, igualmente, algunas referencias indirectas de lo que podría ser una definición del medio ambiente. La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 consagra una definición sobre el medio marino en el cual incluye tanto la atmósfera como la vida marina[67].

Un buen método para explorar las diversas definiciones indirectas que se han plasmado en el derecho internacional, es el propuesto por la profesora Fitzmaurice, quien señala que existen algunos conceptos que son enunciados mediante referencias a los daños que pueden ser causados sobre el medio ambiente, y otros que pueden ser inferidos mediante la inclusión en algunas listas enunciativas -mas no taxativas- que aparecen en documentos internacionales[68].

En relación con el primer tipo de referencias conceptuales, se puede mencionar la Convención para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (CRAMRA, por su siglas en inglés) de 1988, la cual se autodefine como un instrumento enfocado sobre "*any harm on the living and non linving components of the environment or those ecosystems, including harm to atmospheric, marine or terrestrial life*"[69].

Por su parte, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 define los elementos adversos para el medio ambiente como aquellos "*cambios en el medio físico o las biotas, incluidos los cambios en el clima, que tienen efectos deletéreos significativos para la salud humana o para la composición, resistencia y productividad de los ecosistemas tanto naturales como objeto de ordenación o para los materiales útiles al ser humano*"[70].

Con relación al segundo tipo de enfoque para definir el medio ambiente -mediante listas enunciativas- vale la pena mencionar la Convención de Lugano sobre

67. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982. Para el efecto, ver nota editorial en *Documents in International Environmental Law*, *supra* nota 60, p. 294.
68. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit, *supra* nota 56, p. 23.
69. Ver Convención de Wellington para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, junio 2 de 1988, artículo 15. "*Cualquier daño sobre los componentes vivos y no vivos del medio o de los ecosistemas, incluyendo daños sobre la vida atmosférica, marina o terrestre*".
70. Ver Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, marzo 22 de 1985. Puede verse adicionalmente www.unep.org/ozone (consultada en junio 3 de 2008).

Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Ambiente, que dispuso:

> "*Environment includes: natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors: property which form part of the cultural heritage; and the characteristic aspects of the landscape*"[71].

Académicos como Barboza, han propuesto la existencia de valores medioambientales que pueden ser catalogados en dos grupos y sobre los cuales se puede construir una definición más compleja, a saber: "*a. Human uses of the environment: such as fishing, skiing, wind-surfing and any commercial uses*"[72] y "*b. aesthetic emotions which are provoked by the beauty of environment in human beings or satisfaction for the continued existence of familiar features of the environment (non-use values)*"[73].

El único escenario en que se ha propuesto de manera expresa una definición del medio ambiente es quizá la Comisión Europea donde, a raíz del Programa de Acción sobre el Medio Ambiente, se propuso que el Medio Ambiente es: "*the combination of elements whose complex inter-relationships make up the settings, the surroundings and the conditions of life of the individual and of society as they are and as they are felt*"[74].

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, uno de los documentos de mayor trascendencia en el desarrollo del derecho internacional ambiental, contiene vagas referencias sobre la definición de medio ambiente. Para referirse al medio ambiente, esta Declaración utiliza expresiones como "*la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar*"[75], y "*la integridad del ecosistema de la Tierra*", evitando dar una definición expresa; además, preserva la mirada antropocéntrica con la que se inició el desarrollo moderno del derecho internacional ambiental, prescribiendo en el Principio 1 que "*los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones*"[76].

Con base en este análisis y breve exploración general acerca de la definición del medio ambiente en el contexto del derecho internacional ambiental, es válido respaldar las palabras expresadas por Caldwell, al afirmar que el medio ambiente "*is a term that everyone understands and no one is able to define*"[77]. De esta forma, teniendo en cuenta los escasos desarrollos en este aspecto y la carencia de un concepto

71. Ver Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, Suiza, junio 21 de 1993. "*Medio ambiente incluye: recursos naturales tanto bióticos como abióticos, como aire, agua, suelo, fauna y flora, así como la interacción entre los mismos factores; propiedad que forma parte del patrimonio cultural; y los aspectos característicos del paisaje*".
72. Barboza, Julio, "The ILC and Environmental Damage", en *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, editado por Wetterstein, Peter, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 73-82, p. 75. "*Usos humanos del medio ambiente como pescar, esquiar, surfear y cualquier otro uso comercial*".
73. *Ibid*. "*Emociones estéticas que son generadas por la belleza del medio ambiente en los seres humanos o la satisfacción por la existencia continua de elementos familiares del medio ambiente (valores sin uso)*".
74. Green Paper COM (93) de la Comisión de la Unión Europea, en Consejo de Regulación (EEC) (Programa de Acción para el Medio Ambiente) No. 1872/84, *supra* nota 59. "*La combinación de elementos cuya interrelaciones complejas concretan el establecimiento, el contorno y las condiciones de vida del individuo y de la sociedad como ellos son y como ellos son considerados*".
75. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992). El objetivo principal de la Declaración fue desarrollar los principios adoptados en la Declaración de Estocolmo de 1972. Pese a que por sí misma constituye una Declaración Política y no un Tratado Internacional como tal, existen fuertes posiciones en la doctrina que afirman que, siendo un instrumento de *soft law*, algunas de sus disposiciones reflejan normas de la costumbre internacional y, por lo tanto, son legalmente obligatorias para los miembros de la comunidad internacional. Ver la nota editorial contenida en *Documents in International Environmental Law*, *supra* nota 60, p. 17.
76. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 75, Principio 1.
77. Caldwell, Lynton Keith, *International Environmental Policy and Law*, Duke University Press, Durham, NC, 1980, p. 170. "*Es un término que todo el mundo entiende pero que nadie es capaz de definir*".

claro producto de distintas definiciones, está demostrado que el medio ambiente puede denotar cualquier cosa a la cual los Estados creadores del sistema normativo internacional quieran hacer referencia[78], lo cual será objeto de estudio cuando se desarrollen los temas sobre los cuales se han adoptado algunas normas internacionales, especialmente a partir de la década de 1970.

2. Fundamentos para la protección del medio ambiente

Como primera medida, es necesario precisar que —por tratarse de un texto de derecho internacional— se hará una exploración general de las razones que han justificado la adopción de medidas jurídicas internacionales para la protección del medio ambiente a la luz del derecho internacional público, sin perjuicio de las diversas razones que han sido expuestas por excelentes académicos en múltiples áreas del conocimiento, como filósofos, biólogos, ambientalistas, ingenieros, e incluso, abogados que han planteado explicaciones desde puntos de vista conceptuales[79]. Para tales efectos, se presentarán los objetivos perseguidos por los primeros tratados que fueron adoptados en temas medioambientales cuando la materia no era conocida por su nombre actual, observando posteriormente los contenidos propuestos por los diversos instrumentos internacionales a partir de la década de 1970, cuando de manera expresa se hace referencia a las preocupaciones por el medio ambiente.

Las razones que han existido en la historia de la humanidad para proteger el medio ambiente son realmente diversas: éticas, estéticas, simbólicas, culturales, económicas, políticas, de supervivencia, etc. Por ejemplo, los móviles que justifican las medidas para la protección de las grandes ballenas de una mayor explotación, son diferentes de los que buscan la protección de la salud humana para justificar las medidas en el control de la polución, o la injerencia de temas de seguridad que pueden estar detrás de medidas contra la proliferación de investigación nuclear[80]. Sin embargo, vale la pena recalcar que una determinada medida normativa para la protección del medio ambiente puede traer consigo diversas razones, sin que unas excluyan las otras, como razones medioambientales *per se* y políticas a la vez. Como se expondrá a continuación, desde que se hizo referencia expresa al derecho internacional ambiental en la década de 1970, las razones que han generado el desarrollo de la materia han sido principalmente antropocéntricas, en otras

78. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 25.
79. Ver por ejemplo Mesa Cuadros, Gregorio, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.
80. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 5.

palabras, la búsqueda del bienestar de la humanidad como objetivo final del desarrollo del sistema ambiental internacional. Esta consideración puede constatarse a pesar de la existencia de diversas posiciones en la doctrina que, desde entonces, han abogado por la representatividad jurídica del medio ambiente, arguyendo la necesidad de reconocer derechos legales para los objetos naturales[81].

Los primeros tratados internacionales tendientes a regular actividades consideradas en la actualidad como ambientales buscaban finalidades eminentemente económicas[82]. Así, cuando se firmó la Convención Revisada para la Navegación del Río Rin en 1868[83], el aspecto ambiental no representaba el móvil más importante, ya que la Convención fue entendida como un tratado que regulaba una actividad económica de interés para los Estados por cuyo territorio pasaban las aguas de un río esencial para su economía. Así mismo, el Tratado Concerniente a la Reglamentación de la Pesca de Salmón en la Cuenca del Río Rin de 1885[84] no fue adoptado con la finalidad de proteger una especie con un criterio ambiental, sino para regular una actividad relativa a un mercado específico de importante consumo como el salmón. Esta situación se hace aún más evidente con la adopción de la Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura, de 1902,[85] cuyo objetivo primordial no fue la conservación de las aves allí mencionadas, como elemento integrante del medio ambiente, sino la agricultura, que para la época era la actividad económica más importante.

Uno de los textos que sintetizó, por primera vez, los objetivos fundamentales en relación con el medio ambiente y desde una perspectiva jurídico-política, fue el Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, liderado por la noruega Gro Harlem Brundtland, publicado en 1987 a instancias de las Naciones Unidas y que contó con la participación de 19 Estados, entre ellos Colombia. Actualmente, es considerado uno de los antecedentes más importantes del cuerpo normativo vigente del derecho internacional ambiental, ya que constituyó uno de los más destacados avances construidos sobre las bases de la Conferencia de Estocolmo (1972) y antecedente de la Cumbre de la Tierra de 1992[86]. A partir de dicho documento, más conocido como el *Brundtland Report*, se esclarece la conciencia del mundo en relación con el medio ambiente, de cara a los retos que en la época se empezaban a avizorar.

81. Stone, Christopher, "Should Trees Have Standing? –Toward Legal Rights for Natural Objects", en *Southern Californian Law Review*, 1972, (45), pp. 450-501, reproducido en McCorquodale, Robert y Dixon, Martin, *Cases and Materials on International Law*, Oxford University Press, USA, 2003, p. 460. "*It is no answer to say that streams and forest cannot have standing because streams and forest cannot speak either; nor can states, estates, infants, incompetents, municipalities or universities. Lawyers speak for them, as they customarily do for the ordinary citizen with legal problems. One ought, I think, to handle the legal problems of natural objects as one does the problems of legal incompetents – human beings who have become vegetable*". "*No se puede decir que los arroyos y los bosques no tienen legitimidad para ser sujetos de derechos porque los arroyos y los bosques no pueden hablar; tampoco pueden hablar los estados, los infantes, los incapaces, las municipalidades o las universidades. Los abogados hablan por ellos, como lo hacen habitualmente por los ciudadanos comunes con problemas legales. Uno tiene, pienso, que resolver los problemas jurídicos de los objetos naturales de la misma manera como uno lo hace en relación con los incapaces – seres humanos que se han convertido en vegetales*".
82. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 56, p. 28.
83. Convención Revisada para la Navegación del Rin, Mannheim, octubre 17 de 1868, conocida igualmente como Convención de Mannheim. Este es, tal vez, el tratado medioambiental de mayor antigüedad que actualmente se encuentra vigente.
84. Tratado Concerniente a la Regulación de la Pesca de Salmón en la Cuenca del Río Rin, Berlín, junio 30 de 1885.
85. Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura, París, marzo 19 de 1902, disponible en http://eelink.net/~asilwildlife/bird_1902.html (consultada en junio 3 de 2008).
86. Ver Capítulo II. Evolución del Derecho Internacional Ambiental.

Al respecto, el *Bruntland Report* concluyó que:

> "*In the middle of the 20th century, we saw our planet from space for the first time. Historians may eventually find that this vision had a greater impact on thought than did the Copernican revolution of the 16th century, […] From space, we see a small and fragile ball dominated not by human activity and edifice but by a pattern of clouds, oceans, greenery, and soils. Humanity's inability to fit its doings into that pattern is changing planetary systems, fundamentally. Many such changes are accompanied by life-threatening hazards. This new reality, from which there is no escape, must be recognized and managed. Fortunately, this new reality coincides with more positive developments new to this century. […] From space, we can see and study the Earth as an organism whose health depends on the health of all its parts*"[87].

En efecto, si bien en un principio –antes de los años 70- se adoptaron algunos instrumentos contentivos de disposiciones que hoy son consideradas como medioambientales, la finalidad perseguida por los gestores de los mismos no es la misma de la impulsada a partir de Estocolmo y que fue consignada en el *Brundtland Report*.

No obstante, algunos cuestionamientos quedan sin resolver: ¿Cuál es la relación del medio ambiente con el hombre?, ¿por qué las medidas tendientes a proteger el medio ambiente constituyen medidas para proteger a la humanidad?, ¿por qué la normatividad internacional busca el beneficio de la humanidad mediante la toma de medidas relativas al medio ambiente? La solución a estas preguntas ha sido propuesta por algunos estudiosos del tema mediante la noción de la "interdependencia"[88] la cual caracteriza la relación existente entre el hombre como habitante de la tierra y todo lo que lo rodea, al punto que el hombre y el medio son dos componentes inseparables y esenciales de una misma unidad.

De acuerdo con Weiss y otros, existen tres niveles de relación entre el hombre y el medio ambiente en la determinación del vínculo de interdependencia[89]. Primero, todo tipo de vida está inseparablemente conectado uno con otro, hasta el punto de que el bienestar de la tierra misma y todo lo que en ella habita depende necesariamente del bienestar de uno de sus componentes; "*actions in one part of the web can effect other parts*"[90]. Segundo, dado que la cadena de vida sobre la tierra

87. Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, "Brundtland Report: Nuestro Futuro Común", adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 4 de 1987, Resolución A/42/427. "*A mediados del siglo XX, vimos por primera vez nuestro planeta desde el espacio. Los historiadores seguramente podrán considerar que esta visión tuvo un impacto mayor en el pensamiento que el que tuvo la revolución copernicana del siglo XVI. Desde el espacio, nosotros vemos una pequeña y frágil esfera compuesta no por la actividad humana y las construcciones en general, sino por un esquema de nubes, océanos, zonas verdes, y suelos. La inhabilidad de la humanidad para coordinar sus actividades dentro de tales esquemas está cambiando radicalmente los sistemas planetarios. Muchos de estos cambios están acompañados de peligros que amenazan la vida. Esta nueva realidad, de la cual no hay escapatoria, debe ser reconocida y manejada. Afortunadamente, esta nueva realidad coincide con nuevos desarrollos positivos de este siglo. Desde el espacio, nosotros vemos y estudiamos la tierra como un organismo cuya salud depende de la salud de todos sus componentes*".
88. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 3-18 y Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 56, pp. 22-27.
89. Weiss, Edith Brown *et al.*, *International Environmental Law and Policy*, Aspen Law and Business, New York, 1998, p. 1.
90. *Ibid.* "*Las acciones de una parte de la red pueden tener efecto sobre las demás partes*".

requiere la participación de los seres humanos, quienes son parte de ese sistema de interrelaciones, para Weiss "*is clear that human welfare is affected by the health of non human aspects of the web and vice versa*"[91]. Finalmente, considerando que los anteriores análisis conciernen temas que determinan no sólo la vida, sino la calidad de vida de los humanos en la tierra, la razón de que "*international environmental law involves human, plant, and animal health and the well being of entire ecosystems, as well as allocation of natural resources and the more aesthetic*"[92]. En este sentido, el concepto de interdependencia es la justificación antropocéntrica que determina la toma de decisiones con fines normativos en el marco del derecho internacional ambiental.

Como se explicó arriba, esta perspectiva antropocéntrica encontró su desarrollo en la Conferencia de Estocolmo en 1972, cuya Declaración sostuvo en su Principio 1 que:

> "*El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma*".

De la misma manera, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo estableció, en el Principio 1, que: "*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible*".

Tales disposiciones han conseguido promover el desarrollo de derechos individuales medioambientales, lo que ha permitido el reforzamiento de la implementación de los temas sustantivos del derecho internacional ambiental[93].

Teniendo en cuenta el carácter antropocéntrico de las principales razones que han justificado la protección del medio ambiente, en el marco del derecho internacional ambiental, se ha creído que el objeto de protección de la mayoría de los instrumentos internacionales son la salud y seguridad humanas, sin perjuicio de

91. *Ibid.* "*Es claro que el bienestar de la humanidad es afectado por la salud de aspectos no humanos de la red y viceversa*".
92. *Ibid.*, p. 2. "*Al derecho internacional ambiental concierne la salud humana, vegetal y animal, así como el bienestar de todos los ecosistemas y la adjudicación de los recursos naturales e incluso aquellos mas de naturaleza estética*".
93. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 5.

los instrumentos que persiguen fines estéticos, culturales, económicos, políticos y demás[94]. La cantidad de impactos publicitarios, así como la mayor cantidad de contenidos electrónicos que circulan en Internet, demuestran que temas como el cambio climático, la radiación nuclear, etc., constituyen, en la actualidad, algunos de los conceptos más tratados por la comunidad internacional y sobre los cuales se han concentrado los esfuerzos más recientes en la materia. En este sentido, el Reporte Anual de 2007 del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente hizo un enorme énfasis en el Cambio Climático, al punto de que el propio Secretario General de las Naciones Unidas reiteró la necesidad de que los proyectos tendientes a hacer arreglos locativos en los edificios de las Naciones Unidas se deberían llevar a cabo mediante proyectos que se ajustaran a los principios del carbono neutral, coordinando esfuerzos ajustados a las finalidades de Kioto, referidas a la seguridad de la humanidad[95].

Sin embargo, el criterio antropocéntrico ha sufrido algunas evoluciones en el curso de los últimos años; a partir de la realización de la Cumbre de la Tierra de 1992, el enfoque manifiestamente antropocéntrico que caracterizó el desarrollo del derecho internacional ambiental desde Estocolmo (1972) ha sido complementado con finalidades mucho más complejas en las que se incluyen valores que son atribuidos exclusivamente al medio ambiente[96] o que, incluso, llegan a tener algunas connotaciones morales[97].

De acuerdo con esto, resulta interesante observar la manera como el Preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 incluye una pluralidad de objetivos en los que, adicional al bienestar humano que puede generar el éxito de dicho instrumento ("*la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad*"[98]), se le otorga un valor intrínseco al objeto medioambiental que se regula, consagrando expresamente:

> "*Conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes…*"[99].

De acuerdo con Birnie y Boyle, la anterior disposición caracteriza el derecho internacional ambiental contemporáneo y es una de sus principales finalidades[100].

94. *Ibid*., p. 5.
95. Ver Reporte Anual de 2007 del Programa de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (UNEP, por sus siglas en inglés), en particular ver Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas, Señor Ban Ki – Moon, p. 3, disponible en http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=67&ArticleID=5743&l=en (consultada en junio 3 de 2008).
96. Un ejemplo excepcional de tal situación generalizada en la comunidad internacional lo constituye la Convención Africana sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales de 1968, en la cual se incluye una interesante norma –artículo 8– según la cual los Estados partes están obligados a responder por la protección de determinadas especies animales en peligro de extinción cuando dicho animal esté presente únicamente en el territorio de un determinado Estado. Esto muestra una perspectiva de la protección medioambiental que reconoce un valor intrínseco a la naturaleza, la cual se encontraba desde entonces en la cultura africana, mas no en la cultura occidental que, como se señaló en las primeras páginas de este libro, ha sido la cultura imperante en lo que actualmente se denomina derecho internacional.
97. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 5.
98. Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, junio 5 de 1992, Preámbulo.
99. *Ibid*., Preámbulo.
100. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 6.

A la luz de los criterios vigentes en el derecho internacional, la protección del medio ambiente debe ser regulada a partir de acercamientos integrales en los que, además del objetivo antropocéntrico, se incluyan criterios de conservación del medio, basados en las relaciones de interdependencia enunciadas entre el hombre y la biosfera (como ha sido denominado el medio ambiente por el Convenio sobre Diversidad Biológica),[101] justificando la existencia misma del derecho internacional ambiental como rama autónoma del derecho internacional público.

El texto del Preámbulo del Convenio sobre Diversidad Biológica ha generado miradas más radicales acerca de las razones que justifican la protección del medio ambiente. De la lectura de la expresión "*valor intrínseco de la diversidad biológica*" se ha llegado a pensar que existen motivos no antropocéntricos que justifican el desarrollo de medidas legales tendientes a la protección del medio ambiente. De acuerdo con tales posturas, existen fines inherentes al medio ambiente que determinan su protección, considerando que elementos *per se* poseen valores propios que deben ser protegidos[102].

Pese a este gran avance, aún siguen primando criterios antropocéntricos en la legislación internacional ambiental. Los Estados son aún reticentes a otorgar al medio ambiente un valor en sí mismo, y prefieren promover la conservación de los recursos naturales como un medio necesario para la protección de los intereses y supervivencia de la humanidad. Sin embargo, es necesario desarrollar e implementar con mayor profundidad los fundamentos de la protección ambiental, incluyendo motivaciones que contemplen factores ecológicos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreacionales y estéticos, los cuales no excluyen las finalidades antropocéntricas impulsadas desde las tempranas evoluciones del derecho internacional ambiental.

Parte IV. El concepto de Derecho Internacional Ambiental

Una vez expuestos los principales problemas existentes alrededor del concepto de medio ambiente, objeto de protección del derecho internacional ambiental, y de considerar algunos criterios utilizados recurrentemente en dicha regulación, como la interdependencia, es indispensable analizar qué se entiende por derecho

101. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 98, Preámbulo.
102. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 6.

internacional ambiental, como rama autónoma del derecho internacional público. De igual manera, es necesario hacer algunas aclaraciones con respecto al grado de relación entre el derecho internacional público clásico y el derecho internacional público contemporáneo, teniendo en cuenta que el derecho internacional ambiental es una materia característica del derecho internacional contemporáneo

El derecho internacional tradicional está basado en la soberanía territorial de los Estados, caracterizados por tener un estatus legal fundamentado en tres principios generales: soberanía, independencia e igualdad[103]. No obstante, como ha sido presentado en algunas referencias introductorias, el derecho internacional contemporáneo ha ampliado su objeto temático a campos que son interés común para la humanidad, generando la necesidad de considerar otros sujetos diferentes que regulen de manera mancomunada los problemas de que es partícipe toda comunidad internacional.

En relación con este proceso de transformación, Weiss ha escrito: "*the concept of appropriation –territorial sovereignty- fades out, status are more and more considered –and even consider themselves- as obliged to act inside the limits of their jurisdiction on behalf of the interests of mankind*"[104]. Dichos intereses comunes de la humanidad se basan a su vez, esencialmente, en la relación de interdependencia que hay entre el medio ambiente y la existencia misma del mundo, de modo que la afectación a una de sus partes necesariamente implica la afectación a todo el conjunto[105].

Como objeto de estudio del derecho internacional ambiental, el medio ambiente es actualmente considerado como un bien de interés común para la humanidad, y no uno de aquellos asuntos que puede ser manejado únicamente por un Estado u otro sujeto de derecho internacional[106]. Por tal razón, algunos pensadores arguyen que el derecho internacional ambiental amerita un estudio autónomo dentro del contexto general del derecho internacional público, toda vez que posee elementos diferenciadores frente a las características más tradicionales del derecho internacional clásico, no obstante seguir siendo considerado como una rama integrante de éste[107]. El derecho internacional ambiental es un buen parámetro evolutivo que corrobora la satisfactoria transformación del derecho internacional clásico en el derecho internacional contemporáneo.

103. Ver Weiss, Edith Brown, *Environmental Change and International Law*, United Nations University Press, Tokio, 1992, p. 13.
104. *Ibid*. "*El concepto de apropiación, soberanía territorial, está desapareciendo; los Estados son considerados cada vez más –y ellos mismos se autoconsideran– como obligados a actuar en el marco de los límites de su jurisdicción en representación de los intereses de la humanidad*".
105. Adicionalmente a lo dicho en el subcapítulo anterior sobre el concepto de interdependencia, ver Allot, Philip, *Eunomia: A New Order for a New World*, 1990, para. 17. 52.
106. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 14.
107. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 1.

Adicionalmente, autores como Sands, consideran que el derecho internacional ambiental efectivamente constituye una rama del derecho internacional público, a pesar de cuestionar directamente tres elementos fundamentales del ordenamiento legal tradicional: primero, la forma como actúan las funciones legislativas, judiciales y administrativas del derecho internacional[108]; segundo, la manera en que los acuerdos legales internacionales se han organizado; y tercero, la multiplicidad de actores de la comunidad internacional que son partícipes en la formación de diversos procesos y prácticas del sistema internacional contemporáneo[109]. Los principales mecanismos del derecho internacional público general no se ajustan perfectamente al modelo usado por el derecho internacional ambiental para afrontar tales elementos.

De acuerdo con este autor, la efectividad del derecho internacional público contemporáneo se supedita a la capacidad que posee para atender cuestionamientos que se presentan frente al derecho internacional público, cuando se trata de manejar temas como la protección ambiental[110].

De esta forma, presentados los elementos que deben ser tenidos en cuenta para acercarse a una definición del derecho internacional ambiental, como una rama que ha surgido en el contexto del denominado derecho internacional público contemporáneo, es pertinente citar la definición de "derecho internacional ambiental" propuesta por Redgwell:

"*... is one of the more recent areas of development in international law […]. It is an area of public international law marked by the application of principles which have evolved in the environmental context, such as the precautionary and no harm principles, yet also forms part of, and draws from, the general corpus of public international law elaborated elsewhere in this text such as the sources of public international law principles of the exercise of state jurisdiction, and state responsibility. It is thus part and parcel of general public international law and not an entirely separate, self –contained discipline (Birnie and Boyle, 2002). In this sense it is analogous to, say, international human rights law, the law of the sea, or international economic law*"[111].

En cuanto a las características distintivas del derecho internacional ambiental añade:

"*Institutionally it is less well–developed than these fields [el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho del mar o el derecho económico internacional]: there is no global environmental*

108. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 12. Como expone Sands, la función legislativa es definida como aquella facultad de crear principios y reglas capaces de imponer conductas de obligatorio cumplimiento; la función administrativa se refiere a las actividades tendientes a asegurar que las reglas y principios de derecho internacional sean aplicadas; y la función judicial busca proveer mecanismos para prevenir o solucionar pacíficamente las disputas que surjan entre los miembros de la comunidad internacional.

109. *Ibid*., p. 11.

110. *Ibid*., p. 12.

111. Ver Redgwell, Catherine. óp. cit, *supra* nota 57, p. 657. "*Es una de las áreas más recientes del desarrollo del derecho internacional. Es una rama del derecho internacional público caracterizada por la aplicación de principios que han surgido en el contexto medioambiental, tales como el principio de precaución y el de no causar daño, aunque forma parte y está fundado en el corpus general del derecho internacional público, el cual es, a su vez, considerado como la fuente de los principios del derecho internacional público para el ejercicio de la jurisdicción del Estado, y la responsabilidad estatal. Por lo tanto, es parte integrante del derecho internacional público general y no una disciplina absolutamente separada y autosuficiente (Birnie y Boyle, 2002). En este sentido, es análogo, por ejemplo, al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho del mar o el derecho económico internacional*".

organization with competence over environmental matter analogous to, say, the World Trade Organization, nor a dispute settlement body analogous to the WTO`s Dispute Settlement Body or the Law of the Sea Convention's International Tribunal for the Law of the Sea"[112].

Las anteriores consideraciones han reforzado la tesis aceptada en la doctrina, según la cual, si bien el derecho internacional ambiental es parte del esquema general del derecho internacional público, debe ser considerado como un campo distinto que amerita un estudio autónomo[113]; además, Bodansky ha referenciado la distinción terminológica que tiene el derecho internacional ambiental frente al espectro general del derecho internacional público[114]. En esta rama especializada se habla de "compromisos" en lugar de "obligaciones"; de "incumplimiento" o "no conformidad" en lugar de "violación"; y de "consecuencias" en vez de "sanciones"[115]. Así mismo, agrega Bodansky, el derecho internacional ambiental ha generado nuevos tipos de desarrollo normativo, desdibujando cada vez más la distinción entre *hard law* y *soft law*, así como entre lo "público" y lo "privado", y el "derecho internacional" y el "derecho doméstico"[116].

Por otra parte, es preciso mencionar que los enunciados categóricos que determinan la obligación de ajustarse a una determinada conducta en la mayoría de los instrumentos de derecho internacional ambiental, están redactados de manera negativa y normalmente se traducen en prohibiciones concretas, como aquellas de no causar daño. Por lo anterior "*it remains the case that there is not yet any general customary or treaty law obligation on States to protect and preserve the environment per se*"[117]. De acuerdo con Redgwell el sistema general del derecho internacional ambiental no contiene, aún, un principio general que imponga la obligación de proteger el medio ambiente, sino que se encuentra construido sobre la base de obligaciones relacionadas con temas específicos que implícitamente generan la protección del medio ambiente, como aquellos de preservar los recursos hídricos, manejar adecuadamente los residuos, la no proliferación de actividades nucleares, etc.

1. Funciones del Derecho Internacional Ambiental

Con respecto al rol que cumple el derecho internacional ambiental, se puede decir que es básicamente el mismo que cumple un sistema jurídico ambiental al interior de un ordenamiento jurídico nacional.

112. *Ibid. "Institucionalmente es menos desarrollado que aquellos campos [el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho del mar o el derecho económico internacional]: No hay una organización global medioambiental con competencia sobre asuntos medioambientales, como la Organización Mundial del Comercio, tampoco un organismo de solución de controversias como el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, o el Tribunal Internacional de la Convención del Derecho del Mar".*
113. Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, "International Environmental Law, Mapping the Field", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1-25, p. 24.
114. *Ibid.*
115. *Ibid.*, p. 25.
116. *Ibid.*
117. Ver Redgwell, Catherine, óp. cit, *supra* nota 57, p. 658. "*Se sigue sosteniendo que no existe todavía una regla reconocida de costumbre internacional o descrita en un tratado internacional que contemple la obligación general de proteger y preservar el medio ambiente per se*".

De acuerdo con Birnie y Boyle, son tres los propósitos de la materia: primero, cumple una función constitucional, permitiéndole establecer un cuerpo normativo para la negociación de diferentes reglas y estándares, la solución de controversias y la supervisión de la implementación y cumplimiento de las fuentes de derecho; segundo, regula de manera directa problemas específicos que afronta el medio ambiente, estableciendo estándares de conducta para la prevención y mitigación de daños medioambientales, acudiendo a mecanismos altamente flexibles que permitan ajustar las fuentes normativas al dinamismo con el que se transforman y actualizan los conocimientos en materia científica y tecnológica; y tercero, estructura mecanismos eficientes para la compensación e indemnización de daños causados, mediante un régimen de responsabilidad que se ajuste a las necesidades medioambientales[118].

Adicionalmente a sus roles directos, la experiencia en el desarrollo del derecho internacional ha mostrado la posibilidad de jugar un papel en la armonización de las leyes nacionales, regionales y globales[119]. Esta función se ha originado desde numerosos instrumentos de derecho internacional ambiental, los cuales establecen principios generales mediante el uso de enunciados abstractos que carecen de órdenes concretas de conducta, las cuales sólo pueden ser cumplidas mediante el establecimiento de leyes nacionales con contenidos específicos[120].

Por otro lado, otra característica interesante que distingue el derecho internacional ambiental del conjunto general del derecho internacional público, es la diversidad de elementos no legales que impulsan su formación y aplicación. Mientras la mayoría de las materias propias del derecho internacional público son desarrolladas principalmente por las necesidades de la comunidad internacional, e identificadas a través de mecanismos políticos y respaldados mediante intereses igualmente políticos, el derecho internacional ambiental ha sido principalmente desarrollado por elementos de naturaleza técnica, que constituyen la base para la determinación del proceso de toma de decisiones[121].

De acuerdo con Sands, el derecho internacional ambiental está altamente influenciado por tres elementos no legales, a saber: la ciencia; la economía y el desarrollo sostenible; y otros objetivos sociales[122].

118. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 7.
119. *Ibid.*, p. 8.
120. *Ibid.*, p. 9.
121. Ver Louka, Elli, *International Environmental Law. Fairness, Effectiveness and World Order*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 19-20.
122. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 5.

a. Ciencia y tecnología

La ciencia y la tecnología han jugado un papel preponderante en el establecimiento de las reglas del derecho internacional ambiental, mucho más que en cualquier otra rama del derecho internacional[123]. Autores como Andresen y Skjærseth, consideran que la ciencia y la tecnología –siendo dos caras de una misma moneda- son factores de los cuales ha dependido en muchas circunstancias la efectividad del derecho internacional ambiental[124]. Pese a que la ciencia y la tecnología normalmente son términos agrupados en el concepto más general de "ciencia" –y así seguirá siendo referido en este texto- siendo dos conceptos interconectados e interdependientes, es pertinente precisar que presentan diferencias en las funciones que cumplen y en las fases en las cuales actúan[125].

La ciencia representa la búsqueda del conocimiento y, por ende, está generalmente relacionada con pensadores y demás productores del conocimiento, en términos jurídico internacionales, entre los sujetos dotados de la capacidad de creación jurídica, lo cual permite deducir que la ciencia generalmente tiene una enorme importancia en etapas de negociación, y consolidación jurídica, "*science serves essentially as a vehicle for early warning about environmental problems, and may provide guidance on what to do in order to alleviate or cure a problem*"[126].

Por el contrario, la tecnología es un "*conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico*"[127] y está dirigida, principalmente, a implementadores del conocimiento, actuando en contextos comerciales que involucran generalmente compañías privadas; de esta manera, puede inferirse que la tecnología juega un papel más importante en las fases de ejecución de las diversas normativas ambientales internacionales. Contrario a la ciencia, "*Technology, however, can be either a blessing or a curse for the environment and resource management*"[128].

En el campo del derecho internacional ambiental, la ciencia –en su sentido genérico- es la encargada de determinar de manera objetiva si una actividad es nociva o no para el medio ambiente. Cuando se establece científicamente que existe un peligro o amenaza para el medio ambiente, el derecho ambiental se encarga de tomar las medidas conducentes para abordar el problema, creando obligaciones

123. Ver texto completo sobre el tema en Andresen, Steinar y Skjærseth, Jon Birger, "Science and Technology, From Agenda Setting to Implementation", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, óp. cit., *supra* nota 113, pp. 182-202.
124. *Ibid*., p. 183.
125. *Ibid*.
126. *Ibid*. "*La ciencia sirve esencialmente como un vehículo para la advertencia anticipada acerca de problemas ambientales y puede proporcionar una guía sobre qué hacer a fin de mitigar o remediar un problema*".
127. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, disponible en http://www.rae.es/rae.html (consultada en junio 11 de 2008).
128. Andresen, Steinar y Skjærseth, Jon Birger, óp. cit., *supra* nota 123, p. 183. "*La tecnología, sin embargo, puede ser tanto una bendición como una maldición para el medio ambiente y el manejo de recursos*".

internacionales para atender tales necesidades. En el mismo sentido, la ciencia sería la encargada de tomar las medidas adecuadas para implementar las prescripciones normativas existentes.

Sin embargo, no existe una solución sencilla para todas las circunstancias. Teniendo en cuenta que la ciencia es un terreno no acabado, el cual se encuentra en constante desarrollo y transformación, existen determinados ejes temáticos cuya lectura no es totalmente clara para los científicos, generando diversos conflictos a la hora de tomar decisiones normativas en el escenario del derecho internacional ambiental[129]. Frente a los asuntos que implican incertidumbre científica, se han presentado dos posiciones encontradas: la primera, que exige la certidumbre científica para el establecimiento de prohibiciones taxativas, y la segunda, que aboga por la toma de medidas preventivas en caso de incertidumbre[130]: "*permit until proved harmful or prevent until proved safe*"[131].

La postura que posee mayor respaldo en la práctica internacional es aquella según la cual la regulación en materia ambiental debe ser adoptada únicamente cuando existan razones científicas que demuestren la necesidad de tomar medidas para prevenir daños medioambientales[132]. Esta ha sido, por ejemplo, la posición usualmente defendida por los Estados Unidos y la que se cree tiene, por ahora, una mayor justificación bajo criterios estrictamente jurídicos internacionales[133]. Difícilmente se podría hacer a un Estado internacionalmente responsable ante un tribunal internacional por obligaciones que no estén expresamente descritas en una fuente de derecho internacional, *verbi gratia* un tratado o una costumbre internacional reconocida[134].

No obstante, los desarrollos doctrinarios más progresistas que se han producido a partir de 1992 (desde la adopción de la Declaración de Río) arguyen la existencia de criterios distintos, según los cuales el medio ambiente debe ser protegido en caso de que se carezca de certeza científica en relación con algún tema particular. Este principio, comúnmente conocido como de precaución (*precautionary principle*)[135], parece tener la misma estructura lógica del dicho popular "*ante la duda, abstente*". Como se verá en un capítulo subsiguiente, este principio está contenido en instrumentos de contenido político[136], eventualmente considerados instrumentos de *soft law*, lo que pone en tela de juicio su naturaleza vinculante, aunque

129. Gulledge, Jay, "Climate Change Risks in the Context of Scientific Uncertainty" en *The Global Politics of Energy*, Pew Center on Global Climate Change, mayo de 2008, p. 115. "*There is a window of opportunity to avoid tipping points leading to catastrophic events…It is unlikely, however, that uncertainty surrounding the timing and effects of such events will be eliminated before this window closes. Hence, if society is to act to prevent the worst impacts of climate change, it will do so in the face of uncertainty.*" "*Existe una ventana de oportunidad para evitar puntos claves que puedan conllevar a eventos catastróficos… es improbable sin embargo, que la incertidumbre que circunda el tiempo y los efectos de tales eventos sean eliminados antes de que esa ventana se cierre. Por lo anterior, si la sociedad actúa de forma que prevenga los peores impactos del cambio climático, lo hará sobre las bases de la incertidumbre*".
130. En relación con la discusión, ver Weiss, Charles, "Expressing Scientific Uncertainty", en *Law, Probability & Risk*, 2003, (2), pp. 25-46.
131. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century*, Transnational Publishers, New York, 2003, p. 59. "*Permitir hasta que se comfirme perjudicial o prevenir hasta que se pruebe seguro*".
132. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 6.
133. Ver Weiss, Charles, óp. cit., *supra* nota 130, pp. 29 y ss.
134. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 38.
135. De manera preliminar, es pertinente precisar que la precaución se distingue de la prevención en que mientras la primera implica la toma de medidas en situaciones de desconocimiento científico, la segunda se da cuando los eventos perjudiciales son conocidos y previsibles. En este orden de ideas, es el principio de precaución el tema que genera un enorme debate en la doctrina internacional. Sobre esta distinción, consultar Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit., *supra* nota 131, pp. 57 y 58.
136. Ver Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 75, Principio 15. El instrumento en estricto sentido no es una fuente formal de derecho internacional, ya que formalmente es sólo una declaración política, no obstante que es comúnmente aceptado que está prevista de alguna significancia jurídica (*soft law*).

son múltiples los escenarios en que se predica su fundamento jurídico al nivel de costumbre internacional[137].

Por lo anterior, pese a que el tema es complejo y no se tiene una posición unánime respecto de las reglas jurídicas aplicables en los temas de incertidumbre científica, de lo que no existe duda es del papel preponderante de la ciencia en el desarrollo del derecho internacional ambiental. Por la importancia del principio de precaución, será necesario hacer más adelante una exposición más extensa y completa[138].

b. Economía

La economía constituye un factor imprescindible para asegurar la efectividad de los diversos instrumentos de derecho internacional ambiental y un importante aspecto que debe valorarse, teniendo en cuenta la estrecha relación que actualmente existe entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico[139].

En diversos procesos de negociación de instrumentos internacionales medioambientales, se han hecho evidentes las diferentes ventajas económicas que puede traer para los países desarrollados el encontrar escenarios internacionales donde se tengan altísimos estándares técnicos, científicos y tecnológicos establecidos para la protección del medio ambiente, así como los grandes inconvenientes que esto generaría en los países en vía de desarrollo[140]. Esto se debe a que, mientras los países más ricos serían los únicos que tendrían la capacidad económica para competir en los mercados, los países menos desarrollados perderían toda competitividad por falta de los recursos necesarios para participar en el proceso. Esta situación generó la pugna diplomática que en materia medioambiental se presentó entre países en vía de desarrollo y países desarrollados, la cual tuvo gran intensidad desde Estocolmo hasta Río de Janeiro, impidiendo la generación de los consensos necesarios para la aprobación de instrumentos de derecho internacional ambiental[141]. Sin embargo, este conflicto de intereses parece haber encontrado su espacio de conciliación en el concepto de "desarrollo sostenible", propuesto por la comisión de Brundtland y concretado en la Declaración de Río, según el cual es posible alcanzar el desarrollo económico atendiendo estándares que permitan la protección del medio ambiente[142].

137. En esto radica la diferencia de perspectiva entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 7. "*The contrary position –adopted by the EU- would allow decision makers a greater "margin of appreciation" in the face of scientific uncertainty, and is reflected in its arguments to the WTO appellate body in the Beef Hormones Case, and in its Communication on the use of the precautionary principle. The approaches of the International Court of Justice (in the Gabcikovo – Nagymaros case), the International Tribunal for the Law of the Sea (in the Southern Bluefin Tuna and MOX cases), the WTO Appellate Body (in the Beef Hormones Case) and the European Patent Office (in the Plant Genetic Systems case) merit attention and comparison, indicating a reluctance to move away from traditional approaches, but tempered with a growing recognition as to some appropriate role for precautionary measures*".
138. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte II. Principio de Precaución.
139. Una presentación extensa del tema puede encontrarse en Rao, Pinninti Krishna, *International Environmental Law and Economics*, Blackwell Publishers, Oxford, 2002, "*The role of economic factors is such that they contribute to environmental changes and also possess the potential to mitigate the consequences*". "*El rol de los factores económicos es tal que contribuyen a cambios medioambientales y poseen el potencial de mitigar sus consecuencias*".
140. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 9.
141. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, *International Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1997, p. 4. "*Also, in the preparatory meetings leading to Stockholm, the LDCs (less developed countries) who called themselves the Group of 77 (their original number)- sharply and forcefully articulated the view that the worst pollution was caused by poverty*". "*Así mismo, en las reuniones preparatorias de la Conferencia de Estocolmo, los países menos desarrollados quienes se autodenominaron el Grupo de los 77 (su número original) insistente y enérgicamente articularon la posición según la cual los peores problemas de polución eran causados por la pobreza*".
142. El Reporte definió desarrollo sostenible como "*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*". "*Desarrollo que asume las necesidades del presente sin poner en riesgo la capacidad de futuras generaciones para asumir sus propias necesidades*". Ver Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, "Brundtland Report: Nuestro Futuro Común", *supra* nota 87.

Como era de esperarse, en un principio la idea no tuvo gran acogida en los países en vía de desarrollo, considerando que es políticamente inaceptable el haber permitido que los países desarrollados alcanzaran tal estatus económico, mediante la utilización de tecnologías y procedimientos altamente perjudiciales para el medio ambiente, los cuales, sin embargo, no generaban los grandes costos que puede significar en la actualidad el desarrollo económico con el cumplimiento de estándares ambientales; el desarrollo económico tiene, en la actualidad, un precio mucho más alto que el que tuvieron que pagar los países desarrollados en su momento, precisamente porque hoy no sólo se tienen que cubrir los costos medioambientales que se generan por el desarrollo propio, sino los daños ambientales anteriormente generados por las grandes industrias de los países desarrollados[143]. No obstante, conceptos como el de desarrollo sostenible, parecen manejar de manera más adecuada este conflicto de intereses.

La pugna entre países en vías de desarrollo y países desarrollados es una constante que se evidencia en varios instrumentos de derecho internacional ambiental, en los cuales se han tomado diversas medidas para satisfacer, de manera equilibrada, los intereses de ambas partes. Instrumentos como el Protocolo de Montreal de 1987[144], la Convención sobre el Cambio Climático de 1992[145], y la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992[146], prevén ayudas financieras para los países en vías de desarrollo, a efectos de que éstos puedan cumplir sus obligaciones, asegurando, a la vez, el establecimiento de mecanismos eficaces que verifiquen que las partes contratantes cumplan con sus compromisos internacionales, considerando que el incumplimiento de una de las partes genera una desventaja económica para las otras partes que están invirtiendo recursos para cumplir sus obligaciones[147].

Adicionalmente, algunos de estos instrumentos han creado novedosas estrategias para adecuar el grado de compromiso ambiental al grado de posibilidades de un Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales ambientales, estableciendo cláusulas según las cuales los Estados deberán ajustarse a las prácticas medioambientales, de acuerdo con sus capacidades económicas. Similar fundamento ha tenido el principio de "*responsabilidad común pero diferenciada*" consignado en el Principio 7 de la Declaración de Río, el cual busca equilibrar las posiciones de desigualdad en las cuales se encuentran, por un lado los países desarrollados y,

143. Ver Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit, *supra* nota 141, p. 5. "*LDCs (less developed countries) expressed resentment over the fact that the DCs (developed countries) whose drive toward wealth had consumed a great part of the earth´s resources and had led to devastating pollution – were now asking the LDCs to remain poor and, more gallingly, to pay for the clean up, restoration, and conservation of the earth*". "*Los países menos desarrollados expresaron resentimiento en relación con el hecho de que los países desarrollados –quienes accedieron al bienestar mediante el consumo de una gran parte de los recursos de la tierra llevando a una polución devastadora- estuvieran exigiendo a los países menos desarrollados que permanecieran pobres, y peor aún, exigiendo el pago de la limpieza, restauración y conservación de la tierra*".
144. Ver la Versión Consolidada del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono, septiembre 16 de 1987, en su forma ajustada y enmendada en Londres, 1990; Copenhague, 1992; Viena 1995; Montreal 1997; y Beijín, 1999. Artículo 10 (3). "Mecanismo Financiero, Fondo Multilateral".
145. Ver Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992, Artículo 4 (9). "*Las partes tomarán plenamente en cuenta las necesidades específicas y las situaciones especiales de los países menos adelantados al adoptar medidas con respecto a la financiación y la transferencia de tecnología*". Vea también artículo 11, "Mecanismos de Financiación".
146. Ver Convención sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 98, artículo 20 (5). "*Las partes tendrán plenamente en cuenta las necesidades concretas y la situación especial de los países menos adelantados en sus medidas relacionadas con la financiación y la transferencia de tecnología*".
147. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 8.

por otro, los países en vías de desarrollo para atender las necesidades del medio ambiente[148].

Estas diferencias son apenas algunos de los conflictos existentes en materia macroeconómica que se han generado a causa de la creación, implementación y exigencia de cumplimiento de la mayoría de las obligaciones jurídicas internacionales tendientes a la protección del medio ambiente. No obstante, pese a la creación y utilización de un término conciliador, como el de desarrollo sostenible, así como de los sistemas de ayuda financiera de países desarrollados a países en vías de desarrollo, la dificultad existente entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente es un tema de alta complejidad que seguirá marcando, de manera transversal, el desarrollo del derecho internacional ambiental.

c. Otros aspectos sociales

Además de la ciencia y la economía, Sands considera que existen en la actualidad otros factores no legales que influencian el desarrollo del derecho internacional ambiental, en particular, algunos aspectos sociales que en determinadas circunstancias sirven de parámetro para la toma de decisiones en el contexto ambiental internacional[149].

Algunos casos mencionados por Sands[150] son las Reglas de la Comunidad Europea de 1992, que permiten tomar medidas excepcionales basadas en consideraciones no económicas[151], y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, que incluye consideraciones socio-económicas, resultantes del impacto de organismos modificados en la conservación y sostenibilidad de la diversidad biológica[152]. Similar perspectiva fue deducida de la lectura del caso de asbestos en el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio en 2000, el cual sugiere que las características de un producto van más allá de las meramente económicas y físicas[153].

Pese a lo anterior, se considera que los ejemplos referenciados son algunos eventos utópicos que se han presentado dentro de la amplia gama de instrumentos internacionales que existen en materia medioambiental, lo que permite sostener que, por regla general, las consideraciones sociales no son tenidas en cuenta

148. Ver Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 75.
149. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 9.
150. *Ibid*.
151. Directiva 90/220 de abril 23 de 1990 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la Liberación Intencional en el Medio Ambiente de Organismos Modificados Genéticamente, p. 15.
152. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000, artículo 26: "*Consideraciones Socioeconómicas. 1. Las partes, al adoptar una decisión sobre la importación con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales*".
153. *European Communities –Measures Affecting Asbestos and Asbestos–Containing Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm, (consultada en junio 10 de 2008).

en los procesos de creación de normas ambientales internacionales, pese a que emerge una fuerte posición –a la cual nos aunamos- que aboga por su inclusión en el proceso de desarrollo del derecho internacional ambiental.

2. ¿A quién se dirige el Derecho Internacional Ambiental?

Finalmente, en relación con la definición del derecho internacional ambiental, es oportuno precisar que, por ser una rama integrante del sistema general del derecho internacional público contemporáneo, aunque posea algunos elementos característicos que lo diferencian de las otras ramas que componen dicho género, constituye en esencia un ordenamiento jurídico internacional que va dirigido de manera directa a los sujetos de derecho internacional público tradicionales -Estados y agrupaciones de Estados- quienes son los que acceden a un vínculo jurídico de obligatorio cumplimiento entre sí mismos mediante la adopción de tratados internacionales, o el respaldo de la práctica estatal y *opinio juris* necesarios para la determinación de la existencia de una regla de costumbre internacional[154].

Además de lo anterior, el derecho internacional ha comenzado a abrir la vía a la inclusión de la responsabilidad individual por la comisión de daños al medio ambiente. Al respecto, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, creada para juzgar conductas delictivas individuales, consagró como un crimen de guerra "*las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional*", entre los cuales se encuentra "*lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea*"[155].

Esta disposición busca ampliar el espectro del derecho internacional contemporáneo a variables no contempladas en las teorías clásicas del derecho internacional. Este aspecto, como otros que se estudiarán a continuación, representa verdaderos desafíos de la normatividad internacional ambiental al derecho internacional clásico, poniendo en tela de juicio algunos de sus conceptos más inveterados y actualizando sus premisas fundamentales, con el fin de responder a las necesidades planteadas por las sociedades contemporáneas.

154. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 134, artículo 38.
155. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, julio 17 de 1998, artículo 8. 2. b) (iv) (subraya fuera de texto).

Parte V. Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico

1. El concepto de soberanía

La soberanía es, sin duda, el primer tema de discusión técnico-jurídico que se originó paralelamente con el surgimiento del concepto moderno de Estado y, por consiguiente, del llamado derecho internacional público clásico[156]; inicialmente, la soberanía fue formulada como un concepto absoluto pero, a medida que se ha transformado el esquema general del derecho internacional, se ha venido relativizando hasta encontrar múltiples excepciones, algunas de ellas promovidas por el derecho internacional ambiental.

Durante el siglo XVI, cuando el sistema político dominante era el absolutismo, se definió la soberanía como "*the power finally to decide and dispose*"[157]; jurídicamente hablando, era entendida como la facultad ilimitada de disposición en cabeza del "*soberano*"[158]. Incluso, hasta el siglo XIX se afirmó que la soberanía de los Estados, así como la llamada "soberanía nacional", significaba simplemente que éstos tenían absoluto poder dentro de sus límites definidos, de la misma manera que los gobiernos nacionales tenían pleno poder dentro de los límites claramente establecidos[159].

Con anterioridad a la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, se sostenía que el principal poder de los Estados, derivado del ejercicio de su soberanía, era el de declarar la guerra como mecanismo legalmente aceptado para la solución de las controversias internacionales[160]. Hoy en día la prohibición del uso de la fuerza es considerada un principio legal de derecho internacional[161], frente al cual únicamente operan dos posibles excepciones reguladas por la misma Carta: la legítima defensa y la acción del Consejo de Seguridad para el restablecimiento de la paz[162].

De acuerdo con Nanda y Pring, la doctrina clásica de la soberanía de los Estados sostiene que "*within its territory, each nation–state has complete, supreme and independent political and legal control over persons, businesses, entities, and activities, and over "its"*

156. Bisschop, Willem Roosegaarde, "Sovereignty", en *British Yearbook of International Law*, 1921-1922, (2), pp. 122-132.
157. *Ibid*., p 122. "*La facultad para decidir y disponer definitivamente*".
158. *Ibid*., p. 122.
159. Coutts, W. A., "Sovereignty", en *Central Law Journal*, 1912, (75), pp. 223-226, p. 223.
160. Bisschop, Willem Roosegaarde, .óp. cit., *supra* nota 156, p. 123.
161. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, Preámbulo "*(…) no se usará la fuerza armada sino al servicio del interés común (…)*". Artículo 2.3. "*Los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz ni la seguridad internacional, ni la justicia*". Artículo 2.4. "*Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial (…)*".
162. *Ibid*., artículo 42 "*Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*". Artículo 51. "*Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas* (…)".

environment and natural resources"[163]. Sin embargo, la misma ha encontrado diversas limitantes que se han hecho necesarias en el contexto del mundo globalizado.

La soberanía, entendida como la fuente de poder supremo de la autoridad estatal dentro de su jurisdicción territorial, adquirió poco a poco un papel preponderante en el proceso de evolución de las relaciones exteriores y del derecho internacional. Deseosos de entablar relaciones entre sí, los Estados necesitaron crear parámetros que les permitieran actuar libremente sin poner en riesgo la autoridad y poder que les otorgaba la soberanía, razón por la que se estableció un concepto más complejo que el de soberanía, y fue aquel de la igualdad soberana, por medio del cual aseguraban su completa independencia frente a las contrapartes, sobre todo frente a los Estados más poderosos[164].

En la Carta de las Naciones Unidas, que en términos de fuentes normativas del derecho internacional es un tratado internacional multilateral universal y por ende legalmente vinculante, se hace expresa mención al concepto: "*la organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros*"[165]. No obstante, Cassese relata cómo un concepto de aparente aceptación unánime en el momento de la aprobación de la Carta tuvo oposiciones, como aquella presentada por Bélgica, quien expresó que "*the smaller States regard it as somewhat ironical, in view of the striking inequalities evident in the sovereignty equality of all members*"[166]. Estas consideraciones, hechas por los entonces Estados menos poderosos, y al parecer fundadas en el moderno principio de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales, no tuvieron mayor impacto y el concepto quedó consignado en la Carta en los términos anteriormente citados. En este punto, es preciso enfatizar que la Carta es legalmente vinculante sólo para los Estados miembros de la organización.

La igualdad soberana es reiterada posteriormente en la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas en los siguientes términos: "*Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole*"[167]. Además, la Declaración extendió la aplicabilidad del principio a "todos los Estados", incluso a aquellos que no hacían parte de las Naciones Unidas.

163. Ver Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit, *supra* nota 131, p. 17. "*Dentro de su territorio, cada nación-estado goza de completo, supremo e independiente control político y legal sobre personas, negocios, entidades y sobre su medio ambiente y recursos naturales*".
164. Cassese, Antonio, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 47-68.
165. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 2. 1.
166. Cassese, Antonio, óp. cit, *supra* nota 164, p. 48. "*Los países más pequeños del mundo lo consideran como algo irónico desde la perspectiva de las desigualdades evidentes en el marco del principio de igualdad soberana de todos los miembros*".
167. Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de octubre 24 de 1970, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

La Declaración explica, además, los elementos que componen el principio de la igualdad soberana y los relaciona de la siguiente manera:

"a) los Estados son iguales jurídicamente;
b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados"[168].

En relación con la naturaleza de la Declaración vale la pena mencionar que, si bien las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes debido a que *per se* no se ajustan a ninguna de las fuentes del derecho internacional mencionadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Resolución 2625 es considerada un documento político que reúne y organiza normas de costumbre internacional legalmente vinculantes[169]. Incluso, existen fuertes posiciones que aseguran que los principios de derecho internacional allí mencionados poseen jerarquía normativa de *jus cogens* en el sistema jurídico internacional, es decir, normas imperativas de derecho internacional que no aceptan derogación alguna, salvo por una norma de igual naturaleza[170]. Esto se predica de la existencia de los contenidos, mas no de toda su descripción detallada ya que muchos elementos específicos se han venido variando por la costumbre internacional. Por citar un ejemplo, existen fuertes posiciones que afirman que con posterioridad a la culminación de la Guerra Fría, el único sistema político aceptado –salvo aquellos que tengan otro con anterioridad– es la democracia[171].

Con relación a la Declaración, Cassese agrega que los siete principios allí mencionados (igualdad soberana de los Estados, autodeterminación de los pueblos, prohibición del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, prohibición de la intervención en los asuntos de los otros Estados, el deber de cooperar y la buena fe) no son los únicos imperativos en derecho internacional, ya que la existencia de uno de ellos no deriva de su inclusión en la Declaración sino de una consideración cuidadosa de la práctica internacional reiterada[172]. Cassese con-

168. *Ibid.*
169. Cassese, Antonio, óp. cit, *supra* nota 164, p. 47.
170. Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 8, artículo 53. "*(…) Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*".
171. Ver presentación hecha por el Profesor Alexandre Sicilianos en el marco del Curso Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya llevado a cabo en Lima, en diciembre de 2005.
172. Cassese, Antonio, óp. cit, *supra* nota 164, p. 47. "*It is not true that only those principles laid down in the Declaration make up the body of fundamental principles of international law. What is determinative of the matter is careful consideration of international practice: a wide range of factors (treaties; GA resolutions; Declarations of States; statements by government representatives at the UN; diplomatic practices; case law, if any) must be taken into account when trying to determine whether certain international pronouncements have emerged a principle of universal scope and legally binding force*". "*No es cierto que únicamente esos principios contenidos en la Declaración constituyen el cuerpo de principios fundamentales del derecho internacional. Lo que es determinante es la consideración cuidadosa de la práctica internacional: una amplia gama de factores (tratados, resoluciones de la Asamblea General de la ONU, declaraciones de Estados, declaraciones de representantes de gobiernos ante las Naciones Unidas, prácticas diplomáticas, jurisprudencia) deben ser tenidos en cuenta cuando se pretenda determinar si ciertos pronunciamientos internacionales han emergido en un principio de aplicación universal y fuerza vinculante legal*".

cluye planteando que de los principios allí contenidos, el de igualdad soberana "*constitutes the linchpin of the whole body of international legal standards, the fundamental premise on which all international relations rest*"[173].

El concepto de soberanía implica una amplia gama de facultades y derechos relacionados directamente con la capacidad de ejercer gobierno sobre todo lo que integra un territorio particular. En cuanto a las facultades, que están traducidas en el ejercicio de jurisdicción (el poder de las autoridades estatales para ejercer funciones públicas sobre los individuos dentro de su territorio), se menciona la jurisdicción de prescribir, de adjudicar y de aplicar o ejecutar, relacionadas con la capacidad de hacer las leyes, juzgar los actos y hacer cumplir las leyes y los actos del ejecutivo[174]. Un Estado es soberano cuando ejerce dichas facultades jurisdiccionales sin sujeción a otra unidad soberana.

Respecto de la soberanía, la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Corfu Channel* afirmó: "*between independent states, respect for territorial sovereignty is an essential foundation of international relations*"[175].

En efecto, la soberanía también está estrechamente relacionada con el concepto de independencia. De hecho, académicos como Shaw consideran que son las principales características de un Estado y que éste se entiende independiente cuando no está sujeto a la autoridad de ningún otro actor de derecho internacional[176]. Según la Corte Permanente de Justicia Internacional, en la decisión proferida en el caso del Lotus, la independencia de un Estado se presume y cualquier restricción a la misma debe ser establecida[177], por lo cual se ha dicho que de ella se deriva la autorización general de libertad de actuación que el derecho internacional otorga a los Estados, la cual únicamente puede ser limitada por una norma internacional expresa de igual o superior jerarquía[178].

Igualmente, el ejercicio de la independencia implica el disfrute de una serie de derechos y deberes en el sistema internacional, como el derecho que tiene un Estado a ejercer su jurisdicción sobre su territorio y su población permanente[179] o el derecho anteriormente mencionado de adelantar actos para asegurar su legítima defensa. Así mismo, implica el deber de no intervenir en los asuntos internos de otros Estados, el cual es consignado como un principio de las

173. . "*Constituye la piedra angular del cuerpo de estándares legales internacionales, la premisa fundamental en la que descansan todas las relaciones internacionales*".

174. *Ibid*., p. 49.

175. *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4. "*…el respeto por la soberanía territorial es un fundamento esencial de las relaciones internacionales entre estados independientes*".

176. Shaw, Malcolm N., óp. cit, *supra* nota 9, p. 189 y 190.

177. The Case of The S.S. Lotus, Collection of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. –No. 10, September 7th, 1927.

178. Ver Bisschop, Willem Roosegaarde, óp. cit, *supra* nota 156, p. 125. "*(…) the entering into an international convention cannot be considered as derogatory of a nation's sovereignty… the decision to participate in, and the entry into, such convention remain acts of sovereignty, dictated solely by a State's own interest and the benefits which it may derive itself from the common action*". "*(…) el hacerse parte de una convención no puede considerarse como un acto derogatorio de la soberanía nacional, la decisión de participar y adherirse a tal convención, sigue siendo un acto de soberanía, determinado únicamente por el interés propio del Estado y por los beneficios que puede adquirir de dicha acción común*".

179. De acuerdo con Shaw, "*... state functions which are regarded as beyond the reach of international legal control and within the exclusive sphere of state management include the setting of conditions for the grant of nationality and the elaboration of the circumstances in which aliens may enter the country*". "*…las funciones del Estado, las cuales son consideradas más allá del control jurídico internacional y relativas al campo exclusivo del manejo estatal interno, incluyen el establecimiento de condiciones para el otorgamiento de la nacionalidad y la determinación de circunstancias en las que un extranjero pueda ingresar al territorio del estado*". Shaw, Malcolm N., óp. cit, *supra* nota 9, p. 574.

Naciones Unidas en el artículo 2.7 de la Carta en los siguientes términos: "… *ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados* (…)"[180].

La Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional adiciona que la interferencia prohibida por el ordenamiento jurídico internacional puede ser directa o indirecta; armada o no armada; mediante el uso de la fuerza o el apoyo a grupos subversivos de un Estado; o de otro tipo, bien sea económica, política o cualquier otra que atente contra la personalidad del Estado o de los elementos que lo constituyen[181].

Si bien se tiene claridad acerca de la existencia del principio de la "no intervención" y de sus implicaciones legales, no se tiene certeza de lo que en derecho internacional se considera un asunto interno de un Estado o un asunto de naturaleza internacional, dado el carácter totalmente dinámico que tiene el concepto[182]. Este aspecto tiene una injerencia directa con la protección ambiental, toda vez que ésta promueve un concepto que va más allá de las consideraciones teóricas que tradicionalmente ha tenido el derecho internacional público y que acaban de ser esbozadas.

Aunque en un comienzo se consideraba que el medio ambiente era un tema que concernía a la jurisdicción interna de los Estados como parte integrante de su territorio, en la actualidad el derecho internacional contemporáneo lo considera un objeto de interés general para la comunidad internacional[183]. Al respecto, algunos autores han hablado de la "internacionalización de la protección del medio ambiente", desarrollo doctrinal según el cual el derecho internacional contemporáneo ha comenzado a regular actividades que tradicionalmente se consideraban de la esfera interna de los Estados[184].

Como lo expresa Atapattu, anteriormente estas aseveraciones habrían sido impensables, pero hoy, en el marco del derecho internacional contemporáneo, implican que "… *international law now regulates the very development process by mandating that development activities should be evaluated for their environmental impact. It requires states to develop in certain manner*"[185]. Adicionalmente, Atapattu considera que el proceso de la "internacionalización de la protección ambiental" –el cual goza de amplio respaldo- representa la erosión gradual del concepto de soberanía y de la cláusula

180. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 2. 7.
181. Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11.
182. Falk, Richard A., "The United States and the Doctrine of Non Intervention in the Internal Affairs of Independent States", en *Howard Law Journal*, 1959, (5), pp. 163-189. Sobre la historia del concepto de "asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados", ver por ejemplo Brierly, James Leslie, "Matters of Domestic Jurisdiction", en *British Yearbook of International Law*, 1925, (6), pp. 8-19 y Preus, L., "The International Court of Justice, The Senate and Matters of Domestic Jurisdiction", en *American Journal of International Law*, 1946, (40), pp. 720-736.
183. Shaw, Malcolm N., óp. cit, *supra* nota 9, p. 191.
184. Atapattu, Sumudu Anopama, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York, 2006, p. 7.
185. *Ibid*., p. 7. "*El derecho internacional actualmente regula el proceso de desarrollo, al establecer que las actividades de desarrollo (sic) deben ser evaluadas a la luz de su impacto medioambiental, exige a los estados que se desarrollen de determinada manera*".

de jurisdicción nacional; "*states are no longer able to rely on this "escape valve" which, in the past, provided a ready excuse to exclude international scrutiny*"[186].

Estos elementos, novedosos en el derecho internacional público contemporáneo, han influenciado la transformación del concepto tradicional de soberanía, mediante la inclusión de perspectivas distintas que han permitido la relativización de la soberanía con respecto a la forma como fue entendida en la creación del Estado moderno. La soberanía ya no puede ser definida tajantemente como el poder ilimitado que ejerce un Estado sobre su territorio y población. Dicho poder debe circunscribirse –y en muchos casos supeditarse- al interés común de la sociedad internacional contemporánea, caracterizada por poseer necesidades distintas de la sociedad moderna.

Además de la igualdad soberana, la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional incluye en el mismo nivel jerárquico "*la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta*"[187], con el objetivo de promover el progreso y economía mundiales, así como el bienestar de todas las naciones[188]. En este orden de ideas, es necesario anotar que con posterioridad a la década de 1970 se ha sostenido que el manejo de los problemas globales medioambientales requiere el ejercicio de la cooperación internacional, lo cual implica observar el concepto de soberanía con una mirada distinta. En la sociedad contemporánea es indudable la interconexión del medio ambiente con los demás aspectos de la globalización[189].

Uno de los primeros eventos en los cuales la justicia internacional realizó una aplicación práctica del concepto de soberanía sobre asuntos con consecuencias ambientales internacionales fue la resolución del conocido caso del Canal de Corfú de 1949[190]. En relación con la presencia de minas en aguas territoriales que ponían en peligro la navegación internacional, la Corte señaló la existencia de "ciertos principios generales de gran reconocimiento" según los cuales se concretaba "*every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*"[191].

El caso del Canal de Corfú, cuya jurisprudencia se basa en la máxima *sic utere tu out alienum non lædas* (literalmente "usa lo tuyo sin perjudicar lo ajeno"), es consi-

186. Sands, Philippe, "Chernobyl: Law and Communication", 1988, citado por Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit, *supra* nota 184, p. 7. "*To a great extent than ever international law regulates many matters which would previously have been considered to remain within an exclusively domestic setting, such as human rights, environmental standards and the treatment of investments. And it does so with increasing sophistication. This has led commentators to identify a tendency towards specialisation and fragmentation*". *"En una extensión aún mayor el derecho internacional regula diferentes asuntos que habrían sido considerados previamente como de la esfera exclusiva de instituciones domésticas, tales como los derechos humanos, estándares medioambientales y el tratamiento de las inversiones. Esto, realizado con una creciente sofisticación, ha llevado a los académicos a identificar una tendencia hacia la especialización y la fragmentación".*
187. Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11.
188. *Ibid*.
189. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit, *supra* nota 131, p. 18.
190. *Corfu Channel case*, *supra* nota 175, p. 22.
191. *Ibid*. "*… ningún Estado puede permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados*".

derado como uno de los primeros fundamentos jurídicos del conocido "*non harm principle*" u "*obligación de no causar daño*", de gran trascendencia en el derecho internacional ambiental[192]. Esta disposición ha sido complementada por la aplicación del principio de "buena vecindad", derivado del arriba mencionado principio de cooperación[193], de acuerdo con el cual los Estados deben atender los intereses y bienestar de los demás miembros de la comunidad internacional en cuestiones de carácter social, económico y comercial[194].

El primer escenario ambiental internacional en el que se estudió de manera expresa las implicaciones ambientales del concepto de soberanía, fue la Conferencia de Estocolmo de 1972, la cual adoptó, en el artículo 21 de su Declaración final, la definición clásica de soberanía, el matiz que ha impuesto el derecho internacional contemporáneo en el marco de las necesidades actuales de la sociedad internacional y la mencionada internacionalización de la protección ambiental.

Al respecto, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano estableció: "*De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional*"[195].

Mientras que la primera parte de esta cláusula reitera la doctrina tradicional de la soberanía de los Estados, la segunda crea espacios de excepción a la anterior, expresando que el concepto de soberanía no hace inmune a los Estados de responsabilidad internacional cuando cometan actos adversos al medio ambiente por fuera de su territorio[196]. El derecho internacional contemporáneo predica que la soberanía no es un concepto absoluto y admite excepciones cuando se contradice con intereses que sobrepasan la esfera interna de los Estados.

A pesar de que el Principio 21 está incluido en un documento eminentemente político –como lo es una Declaración de Principios- es pertinente aclarar que existe una fuerte posición en la doctrina internacional que asegura que dicho principio es actualmente una norma básica de costumbre internacional, hacién-

192. Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 363.
193. Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11.
194. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 74.
195. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 60, Principio 21.
196. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit., *supra* nota 131, p. 18.

dolo jurídicamente vinculante para los miembros de la comunidad internacional[197], y concreta la posición jurídica vigente que se tiene del concepto de soberanía en el marco del derecho internacional contemporáneo, particularmente del derecho internacional ambiental.

Con base en estas consideraciones, puede concluirse que el derecho internacional ambiental ha impuesto un gran desafío a la doctrina clásica del derecho internacional público, mediante sus cuestionamientos al concepto de soberanía, primer y más estudiado asunto en materia jurídica internacional. Como resultado de tales cuestionamientos, ha logrado la relativización del principio de la soberanía de los Estados por medio de la consagración de normas –como el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972- que ahora tienen el estatus de costumbre internacional, replanteando los límites y características de su definición tradicional.

2. Los actores del derecho internacional

De acuerdo con la concepción clásica, los sujetos del derecho internacional –entendidos como aquellos destinatarios de las normas jurídicas internacionales, o a quienes estas normas jurídicas atribuyen derechos y obligaciones– [198] son sólo los Estados soberanos. Esta teoría se encontraba sustentada en la desintegración de la denominada "República Cristiana", que dominó la esfera política de la Edad Media, y el posterior surgimiento de los Estados soberanos en la Paz de Westfalia en 1648, seguido de su consolidación como unidades políticas autónomas y como centro de gravedad del orden internacional a lo largo de la modernidad europea[199].

Como principales unidades autónomas, los Estados son los sujetos primarios en el proceso de desarrollo del derecho internacional. En efecto, son ellos quienes "crean, adoptan e implementan los principios y reglas legales, establecen las organizaciones internacionales y permiten la participación de otros actores en el proceso legal internacional"[200].

Esta primacía de los Estados, como sujetos del derecho internacional, se encuentra consagrada y fortalecida por algunas de las disposiciones legales de orden universal y regional adoptadas a lo largo del siglo XX. Al respecto, los artículos

197. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 36.
198. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 58.
199. Este proceso implicó la concentración y secularización del poder y la sustitución de la idea medieval de jerarquía de los entes políticos (diarquía entre el papado y el Imperio) por una pluralidad de Estados que no admitían la existencia de un poder superior a ellos mismos. Ibid., p. 61.
200. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 71. Según Sands, este proceso tiene en cuenta, a su vez, otras consideraciones, como el complejo entramado de relaciones económicas, políticas, culturales, geográficas y ecológicas y el nivel de desarrollo de los países (desarrollados, economías en transición, en vías de desarrollo –agrupados en el Grupo de los 77– etc.).

3 y 4 de la Carta de las Naciones limitan el carácter de miembros de dicha organización a "*los Estados que hayan participado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre organización internacional celebrada en San Francisco*"[201] y establece que "*Podrán ser miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta*"[202].

Igualmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 1, consagra que "*La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados*"[203], sin hacer referencia a otros sujetos diferentes. Sobre la redacción final de esta disposición, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su informe a la Asamblea General en 1966, planteó que los tratados celebrados por organizaciones internacionales presentan unas características particulares que, de ser incluidas, significarían "retardar inútilmente" la redacción del proyecto de convención[204].

En el plano regional, la Carta de la Organización de los Estados Americanos hace referencia expresa a los "Estados Americanos" como partes de dicho tratado[205]. Así mismo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea otorga la calidad de "Estados miembros" a las "Altas Partes Contratantes" del mencionado instrumento, sin contemplar la posibilidad de extender tal atributo a otros sujetos diferentes de los Estados[206].

No obstante, esta posición de primacía de los Estados no ha sido absoluta y ha debido ser matizada a medida que diversas necesidades, no previstas, han emergido y exigido una respuesta satisfactoria del derecho internacional. Asuntos de intercambio comercial entre los pueblos, problemas de seguridad internacional, entre otros, evidenciaron la necesidad de generar una mayor cooperación e integración entre los Estados para fines específicos, respondiendo al alto grado de interdependencia existente entre ellos y a la necesidad de resolver de manera mancomunada algunos problemas que les concernían de manera colectiva[207].

Fue así como en el siglo XIX[208] y a lo largo del siglo XX[209] se crearon las primeras organizaciones internacionales conformadas por Estados, las cuales han sido, además, objeto de diversas clasificaciones con base en diferentes criterios y puntos de vista, teniendo en cuenta los intereses de los Estados en la materia que se pretenda

201. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 3.
202. *Ibid.*, artículo 4.
203. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 8, artículo 1.
204. Proyecto de artículos al Derecho de los Tratados con comentarios, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en su 18ª Sesión de mayo 4 a julio 19 de 1966 y sometidos a la Asamblea General como parte del Reporte del trabajo de la Comisión, p. 187, disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (consultada en junio 10 de 2008).
205. Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, abril 30 de 1948.
206. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma, marzo 25 de 1957.
207. Ver Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 332.
208. Este matiz tuvo su origen en el surgimiento de las primeras asociaciones internacionales, como la Unión Postal Universal, fundada en 1874, y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, fundada en 1865 bajo la denominación de Unión Telegráfica Internacional, constituidas con propósitos administrativos y circunscritas estrictamente a las funciones que les fueron asignadas. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 35.
209. A modo ilustrativo, puede citarse la realización de las Conferencias de Paz de la Haya en 1899 y 1907 como las primeras en producir normas de derecho internacional que aún se encuentran vigentes, como las normas consideradas como costumbres en el derecho internacional humanitario. También se consideran como esfuerzos organizativos internacionales la creación de la Sociedad de las Naciones en 1919 y la Organización de las Naciones Unidas en 1945, así como sus organismos especializados como la FAO, la UNESCO, etc. Ibid., p. 35.

regular[210] y criterios territoriales en su conformación. De esta forma, se han constituido organizaciones universales[211], regionales[212] y sub-regionales[213], que han incidido de manera directa en la discusión de las normas del derecho internacional.

Estos desarrollos organizativos se constituyeron en el factor fundamental para la adopción de posiciones modernas que otorgaran a tales organismos un papel de primer plano, como partícipes en la construcción de las normas internacionales. Organizaciones de carácter gubernamental[214] y organizaciones no-gubernamentales, interesadas en el proceso de creación y discusión de la normatividad internacional[215], han comenzado a ganar un espacio importante en la agenda del derecho internacional y, en particular, de la protección internacional del medio ambiente y los recursos naturales.

La participación de estos nuevos actores en la esfera del derecho internacional ambiental, ha sido de notable importancia; su justificación se halla en la necesidad de establecer mecanismos de veeduría a los compromisos internacionales, hacer un seguimiento a la implementación de los tratados, verificar el cumplimiento y reforzamiento de sus obligaciones[216] y, en algunos casos, proporcionar el conocimiento técnico y legal del que los delegados de los gobiernos carecen al momento de participar en una conferencia internacional y al adoptar un instrumento jurídico, como sucede en materia medioambiental[217].

Entre los actores no estatales que han desempeñado un papel fundamental, sobresale la comunidad científica, quien ha hecho aportes importantes al impulso y desarrollo del derecho internacional ambiental, proporcionando recomendaciones y realizando investigaciones sobre materias de gran importancia ambiental[218], como la contaminación atmosférica y el cambio climático[219]. Además, la comunidad científica constituye una fuente independiente de información, no toma decisiones políticas y su rol ha pasado a clarificar la definición del problema e identificar el conjunto de posibles respuestas, presentando las incertidumbres y posibles efectos de las decisiones que tomen los órganos competentes[220].

Por otro lado, es notable el papel jugado por las organizaciones medioambientales, que surgieron como respuesta a la ausencia de iniciativa gubernamental para frenar la degradación del medio ambiente. Su importancia para el derecho

210. Para ver la clasificación de las organizaciones inter-estatales por criterios temáticos ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, pp. 109-111.
211. Al respecto, pueden mencionarse la Organización de Naciones Unidas y sus órganos particulares.
212. Pueden resaltarse la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de Europa, el Consejo de Europa, la Organización de la Unidad Africana, la Organización de Estados Americanos, etc.
213. En este sentido pueden nombrarse la Comunidad Andina de Naciones y la Organización de Benelux.
214. Entre los organismos formados por los Estados, sobresale la Organización de las Naciones Unidas, la cual contempla diferentes agencias especializadas para la promoción de la protección ambiental, como el Programa de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Comisión de Desarrollo Sostenible.
215. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 197, p. 47.
216. *Ibid.*, p. 49 y Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 71.
217. Es pertinente, por ejemplo, resaltar el papel cumplido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regional. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 36.
218. Tal es el caso de organizaciones como el Consejo Internacional para la exploración de los Mares, formado en 1902 y base para la creación de posteriores tratados en materia de mares y océanos. Así mismo, la participación de los organismos especializados de las Naciones Unidas, como la FAO, la UNESCO, la IMO y la OMS, ha sido crucial para el avance de las políticas y reglas medioambientales internacionales.
219. Para obtener mayor información sobre la participación de organizaciones científicas en la preparación del Protocolo de Kioto ver Alkoby, Asher, "Non-State actors and the legitimacy of international environmental law", en *Non-State Actors and International Law, Kluwer Law Internationa*l, 2003, (3), pp. 23-98, p. 36.
220. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit, *supra* nota 30, p. 65.

internacional ambiental ha sido significativa, actuando como órganos de presión sobre los gobiernos para la adopción de medidas tendientes a detener la destrucción del planeta, por medio de la participación activa en las conferencias internacionales realizadas en la materia.

Al respecto, pueden mencionarse organizaciones como Greenpeace, Amigos de la Tierra, el Fondo Mundial para la Vida Silvestre y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, las cuales han desarrollado una actividad importante en la construcción del derecho internacional ambiental. Las dos últimas organizaciones fueron quienes propusieron, en 1980, la Estrategia Mundial de Conservación y, en 1990, la Estrategia Mundial de Conservación II, hitos importantes en el desarrollo del derecho internacional ambiental. Además, las dos grandes conferencias realizadas sobre medio ambiente –Estocolmo en 1972 y Río de Janeiro en 1992-, contaron con la participación de cerca de 400 y 1.500 organizaciones no gubernamentales, respectivamente, demostrando con esto una participación y contribución representativas de tales organizaciones, en el plano de creación del derecho internacional ambiental[221].

Por otra parte, el rol de las organizaciones empresariales ha sido indispensable para la formación de la normatividad internacional en materia ambiental. Teniendo en cuenta la enorme responsabilidad que recae sobre estas organizaciones, por ser las directas causantes de la destrucción del planeta producto de su actividad industrial, fue indispensable vincular este sector a la proposición de soluciones alternativas a la contaminación acelerada[222].

Finalmente, entre los sujetos participantes del derecho internacional ambiental se encuentran los individuos, quienes deben ser vinculados mediante su intervención activa en los desarrollos políticos y legislativos en materia ambiental[223]; y los medios de comunicación, los cuales deben desempeñar una función activa en la difusión de los desarrollos que se produzcan en el campo ambiental, por expreso mandato de documentos políticos internacionales[224].

Como lo demuestra la práctica del derecho internacional ambiental, se ha generado un cambio en la forma como el derecho internacional clásico entiende el tema de los sujetos del derecho internacional. Numerosos organismos, diferentes a los

221. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 197, p. 69 y el sitio web http://csdngo.igc.org/links.htm (consultado el 27 de junio de 2008), que contiene un listado de las organizaciones participantes en la Conferencia de Río de Janeiro.

222. Así, fue paradigmático, por ejemplo, el papel jugado por las organizaciones empresariales en la elaboración de la Convención Marco sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Montreal y el desarrollo de productos químicos alternativos a las sustancias que agotaban la capa de ozono. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 197, p. 67.

223. Al respecto, los Principios 10, 20, 21 y 22 de la Declaración de Río de Janeiro, que consagran la necesidad de vincular a todos los ciudadanos interesados, mujeres, jóvenes y poblaciones indígenas en el manejo y ordenación de las cuestiones ambientales. Ver Declaración de Río de Janeiro sobre medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 75.

224. Ver el Principio 19 de la Declaración de Estocolmo, que establece que "… *es esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano* (…)". Ver Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 60.

Estados, han irrumpido y desempeñan, ahora, un papel activo en la creación de normas nacionales e internacionales y la proposición de políticas encaminadas a hacer efectivos los mandatos y acuerdos producidos en el plano internacional.

En conclusión, por cuanto el derecho internacional ambiental afecta diferentes sectores de la sociedad civil, como empresarios, minorías étnicas e individuos, los grupos y asociaciones diferentes de los Estados y con intereses particulares han dejado de ser sujetos pasivos del derecho internacional y ahora participan de manera directa y cada vez más organizada en la construcción de la normatividad internacional para la conservación del medio ambiente.

De esta manera, podríamos aunarnos a lo dicho por Diez de Velasco Vallejo al plantear que "… *se ha producido un incremento y diversificación de los sujetos internacionales, de manera que aunque los Estados sigan siendo en el Derecho internacional contemporáneo los sujetos fundamentales no van a ser, sin embargo, los únicos titulares de derechos y obligaciones en el Orden jurídico internacional*"[225].

3. Los comunes

a. De las concepciones individuales a las concepciones comunes

En estricto apego a las características establecidas en Westfalia, el derecho internacional clásico ha sido considerado como un sistema normativo que está construido a partir de los intereses individuales de los Estados; en otras palabras –como se conoce en la doctrina- es un régimen jurídico estado-céntrico[226].

En este orden de ideas, la sociedad internacional clásica –y en gran parte la sociedad internacional contemporánea- depende ineluctablemente del voluntarismo de los Estados; la existencia de normas jurídicas internacionales, sistemas de solución de controversias, regímenes de responsabilidad, entre otros, está supeditada a las manifestaciones de voluntad de los Estados, las cuales generalmente obedecen a los intereses individuales de los gobiernos; incluso, las principales fuentes de derecho internacional, a saber, los tratados internacionales y la costumbre internacional[227], surgen a partir de la actividad estatal en la esfera interna-

225. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 332.
226. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003, p. 249.
227. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 134, artículo 38.

cional. Los tratados son reconocidos principalmente como acuerdos de voluntad escritos entre dos o más Estados[228], mientras que la costumbre internacional, además de la *opinio juris* requerida, tiene como otro de sus elementos fundamentales la verificación de una práctica estatal que sustente el carácter vinculante que ha alcanzado una determinada conducta internacional[229].

Por consiguiente, el sistema normativo internacional clásico, creado a partir de intereses individuales y particulares, está llamado a generar efectos jurídicos individuales. A pesar de la existencia de algunas normas como la costumbre internacional, que –una vez verificada- regula las relaciones internacionales de toda la comunidad internacional[230], no cabe duda que su volumen es reducido frente al número de tratados internacionales que actualmente constituyen el cuerpo normativo del derecho internacional.

Los tratados celebrados con posterioridad a 1969 se encuentran reglados por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, la cual establece que los mismos generarán efectos jurídicos únicamente entre las partes, siendo ésta la piedra angular sobre la que descansa el voluntarismo que predomina en el derecho internacional. El inveterado principio de *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 26 de la Convención, cita: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*"[231]. El artículo 29 agrega: "*Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio (…)*"[232].

La regla de la creación de normas jurídicamente obligatorias únicamente para las partes de un instrumento, es reiterada en el artículo 34 de la misma Convención, la cual expresa en relación con los terceros Estados: "*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*"[233]; igualmente, esta norma enfatiza que los tratados que dispongan obligaciones para los Estados que no son parte del instrumento, surtirán efectos, frente a los mismos, sólo cuando estos consientan al respecto[234].

Con base en estas consideraciones, se puede afirmar que en principio, y como regla general, el derecho internacional ambiental, como rama autónoma que forma parte del esquema general del derecho internacional público, estaría llamado a ser regulado por las reglas generales que determinan que su componente normativo

228. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 8, artículo 1 (a): "*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*". Cabe aclarar que han existido esfuerzos en la comunidad internacional para regular la creación de tratados por actores distintos a los Estados. Al efecto ver Convención de Viena del Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales del 21 de marzo de 1986 que prevé la creación de fuentes normativas por sujetos distintos a los Estados, no obstante no haber entrado en vigencia aún por no contar con el número mínimo de ratificaciones requeridas para el efecto.
229. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 134, artículo 38 (1) (b).
230. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 8, artículo 38: "*Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal*".
231. *Ibid*., artículo 26 (subraya fuera de texto).
232. *Ibid*., artículo 29 (subraya fuera de texto).
233. *Ibid*., artículo 34.
234. *Ibid*., artículo 35. "*Tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados. Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación*". Artículo 36. "*Tratados en que se prevén derechos para terceros Estados. 1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa. 2. Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo I deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste.*".

obedece a intereses individuales de las partes de un instrumento internacional. Sin embargo, como se expondrá a continuación, el derecho internacional ambiental ha permitido la profundización de conceptos clásicos del derecho internacional público, que constituyen la excepción a la regla general de un sistema internacional basado, únicamente, en intereses individuales.

El derecho internacional ambiental se desarrolla a partir de conceptos como *res communis*, preocupaciones comunes, intereses comunes, patrimonio universal y patrimonio común de la humanidad, entre otros, los cuales le otorgan una perspectiva distinta a la de la doctrina general del derecho internacional. El derecho internacional contemporáneo empieza a formarse como un sistema que concierne a los intereses comunes de la humanidad y es, precisamente, el derecho internacional ambiental la rama de estudio que ha permitido el inicio de este cambio de mirada.

En relación con la transformación anteriormente anotada, el juez de la Corte Internacional de Justicia Weeramantry, en aclaración de voto dentro del caso del Proyecto Gačbíkovo –Nagymaros, anotó:

"*We have entered an era of international law in which international law subserves not only the interests of individual States, but looks beyond them and their parochial concerns to the greater interests of humanity and planetary welfare. In addressing such problems, which transcend the individual rights and obligations of the litigating states, International environmental law will need to proceed beyond weighing …rights and obligations… within a closed compartment of individual State self – interest, unrelated to the global concerns of humanity as a whole*"[235].

En el derecho internacional se han desarrollado dos tendencias que fundamentan la necesidad de sobrepasar la esfera estrictamente individual, sobre la que se ha basado la teoría clásica. La primera, relativa a la regulación de materias que en términos jurídico-internacionales han sido apartadas de la esfera de la soberanía de los Estados, para pasar a formar parte de la soberanía de la comunidad internacional, tales como las "*res communis*", las "áreas comunes" y el "patrimonio común y universal de la humanidad"; la segunda, relacionada con aquellos asuntos –principalmente intangibles- que, pese a estar relacionados di-

235. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997*, p. 7. Aclaración de voto del Vicepresidente Weeramantry, p. 118. "*Hemos entrado en una era del derecho internacional en la que el derecho internacional concierne no solamente a los intereses de Estados individuales, sino que también mira más allá de ellos y de sus preocupaciones parroquiales para atender los más grandes intereses de la humanidad y bienestar planetario. Para dirigir tales problemas, los cuales trascienden los derechos y obligaciones individuales de los Estados litigantes, el derecho internacional ambiental necesitará proceder más allá de la ponderación de derecho y obligaciones individuales dentro de un espacio cerrado de interés propio de los Estados individuales, desprendido de las preocupaciones globales de la humanidad entera*".

rectamente con el ejercicio de la soberanía individual de los Estados, por su naturaleza conciernen necesariamente al mundo entero y únicamente pueden ser manejados mediante la acción conjunta de la humanidad entera. Estos últimos han sido catalogados como "preocupaciones comunes" e "intereses comunes de la humanidad". Ambos contextos han sido objeto de diversas fuentes normativas internacionales y constituyen el fundamento positivo jurídico sobre el que descansan los nuevos elementos del derecho internacional contemporáneo, tal como lo ha promovido la evolución del derecho internacional ambiental.

b. *Res communis* y patrimonio de la humanidad

Uno de los primeros doctrinantes internacionales que habló acerca de la existencia de espacios del globo que no podían ser apropiados por un Estado en particular, fue Hugo Grotious[236], quien defendió la universalidad de los mares al considerar que constituían un elemento común a todos los habitantes de la tierra[237]. A partir de entonces, la construcción del derecho internacional ha estado marcada por la consagración de diversos conceptos que están en armonía con dicha visión de utilidad común, entre los que se encuentran, además de la alta mar, el suelo y el subsuelo, la antártica, la luna y el espacio exterior[238].

Las áreas comunes (*res communis*) son actualmente definidas como aquellos espacios del medio que se encuentran fuera del alcance de los límites de cualquier Estado[239]. Estas áreas no están adscritas a la jurisdicción de ningún Estado y, por lo tanto, pueden ser utilizadas por toda la humanidad.

Como consecuencia de ello, se ha identificado una prohibición en derecho internacional, según la cual los Estados no pueden imponer acercamientos particulares a las áreas definidas como comunes. Al respecto, Brunnée afirma que las razones que justifican la catalogación de ciertas áreas como comunes no son solamente legales (establecimiento en tratados o costumbre internacionales) sino también funcionales, en tanto que su especial categoría permite que todos los Estados atiendan necesidades que no podrían ser satisfechas por un solo Estado[240].

Adicionalmente, el carácter "comunitario" de ciertas áreas genera obligaciones positivas y negativas para los miembros de la comunidad internacional, tales

236. Caracterizado por ser uno de los primeros tratadistas en derecho internacional que ha reportado la historia, este académico de los siglos XVI y XVII es recordado por sus principales obras, "Mare liberum" de 1609 y "De iure belli" de 1625.
237. Grotius, Hugo, óp. cit., *supra* nota 25.
238. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit., *supra* nota 131, p. 33.
239. *Ibid*.
240. Brunnée, Jutta, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, óp. cit., *supra* nota 113, p. 554.

como la obligación impuesta de participar activamente como co-propietarios de los bienes comunes y la prohibición de tomar medidas de naturaleza particular frente a dichas áreas, respectivamente[241].

No obstante, esta dicotomía ha planteado en la doctrina lo que se ha denominado "*the tragegy of the commons*", haciendo referencia a los inconvenientes que genera la existencia de áreas que, en términos prácticos, "al ser de todos y de nadie" a la misma vez, pueden ponerse en riesgo, bien porque haya una actuación múltiple y descoordinada de muchos Estados co-propietarios, o porque no exista interés por parte de ningún Estado. G. Hardin, reiterado por Brunnée expresa: "*the progressive overexploitation and, ultimately, the destruction over its resources loom over common property regimes*"[242].

El concepto que inicialmente fue definido como "áreas comunes" ha tomado formas distintas y más amplias como las de "patrimonio común de la humanidad" o simplemente "patrimonio de la humanidad", conforme se ha introducido en diversos instrumentos internacionales. En particular el cambio de "áreas comunes" a "patrimonio común de la humanidad" hace parte de un esfuerzo hecho por los Estados que adquirieron su independencia durante las décadas de 1960 y 1970, con el objeto de redefinir sus intereses en el marco general del derecho internacional entonces vigente[243]. Entre sus primeras apariciones en textos legales se encuentra la de la Convención del Derecho del Mar de 1982 en los siguientes términos: "*La zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad*"[244].

Esta ampliación en los nuevos conceptos se ha producido con respecto a los objetos físicos, concretos y tangibles, pero también a valores, conocimientos, tradiciones y otros elementos inmateriales de los cuales se predica un valor común para la humanidad entera, aunque éstos sean catalogados "preocupaciones comunes" en los términos en que se presentará más adelante[245].

A partir de entonces, las áreas comunes y sus definiciones conexas han encontrado soporte en diversos instrumentos internacionales de la siguiente manera: "*El espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes incumben a toda la humanidad, son del interés y para el provecho de todos los Estados, sea cual fuere su grado de desarrollo económico*"[246]; "*la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin*

241. *Ibid.*
242. *Ibid.*, p. 557. "*La progresiva sobreexplotación y finalmente la destrucción de sus recursos, son riesgos que reposan sobre cualquier régimen de propiedad común*".
243. *Ibid.*, p. 562.
244. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 67, artículo 136.
245. Ver, por ejemplo, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural y Natural, UNESCO, París, noviembre 16 de 1972. Ver también la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, octubre 17 de 2003.
246. Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, Londres, Moscú y Washington, enero 27 de 1967, artículo 1.

litoral"[247], así como los recursos vivos de la alta mar son así mismo propiedad de toda la humanidad[248]; los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, los cuales se encuentran fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad, cuya exploración y explotación se realizará en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados[249]; "*la zona es patrimonio común de la humanidad*"[250]; y "*la Antártica es de interés de toda la humanidad*"[251].

De acuerdo con Nanda y Pring, los siguientes son los elementos característicos del "patrimonio común": a. libertad frente a la soberanía de Estados individuales; b. sus elementos constitutivos están sujetos a criterios de gobernabilidad y administración global; c. su uso debe atender a fines pacíficos; d. la información relativa a los mismos debe ser compartida; e. su acceso y utilización deben ser abiertas bajo el entendido de que no existen riesgos de daño ecológico; y, f. cualquier beneficio económico derivado de dichas áreas debe ser compartido equitativamente por todos los Estados y no únicamente para el provecho individual de quien explota los recursos[252].

En complemento de lo anterior, el profesor Cassese anota que el concepto de patrimonio común de la humanidad, concretamente referido a los mecanismos para la explotación de recursos naturales, incorpora los siguientes elementos: a. la ausencia de un derecho de apropiación; b. el deber de explotar los recursos naturales en interés de la humanidad, de forma que genere beneficios para todos, incluidos los países en desarrollo; c. la obligación de explorar y explotar los recursos únicamente para fines pacíficos; d. el deber de atender a la investigación científica relacionada con el objeto de la explotación; y, e. el deber de proteger el medio ambiente[253].

Así mismo, es pertinente anotar que si bien las llamadas "*res communis*" son de libre acceso para todos los Estados, éstas permanecen bajo la obligación internacional medioambiental de no causar daño (*no harm rule*)[254]. Dicha obligación, contenida en lo que se considera un principio del derecho internacional ambiental, se extiende a aquellas áreas ubicadas más allá de las jurisdicciones nacionales[255]. En suma, puede afirmarse que los conceptos de área común y patrimonio de la humanidad, los cuales están constituidos principalmente por objetos materiales

247. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 67, artículo 87. Incluso, la Convención de 1958 consignaba de hecho que "*ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella (la altamar) a su soberanía*". Ver Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, abril 29 de 1958, artículo 2.
248. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 67, artículo 119.
249. Ibid., Preámbulo, parágrafo 6. El texto reitera lo contenido en la Resolución 2749 (XXV) de diciembre 17 de 1970, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
250. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 67, artículo 136.
251. Tratado Antártico, Washington D. C., diciembre 1° de 1959, Preámbulo.
252. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit., *supra* nota 131, p. 35.
253. Cassese, Antonio, óp. cit, *supra* nota 164, p. 93.
254. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte VI. Principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional.
255. Brunnée, Jutta, óp. cit, *supra* nota 240, p. 557.

concretos que se encuentran fuera de la jurisdicción de los Estados y son comunes a todos ellos, conforman actualmente un fundamento indispensable sobre el cual se proyecta el desarrollo del derecho internacional ambiental, siendo una de las bases que sustenta la necesidad de reconocer la existencia de determinados escenarios en el derecho internacional que escapan al interés particular de cada uno de los Estados, para convertirse en asuntos que imprescindiblemente requieren de acción conjunta y cooperación internacional. Sin embargo, conceptos como *res communis* y patrimonio común de la humanidad, existen en contextos ideales que se expresan dentro de los instrumentos internacionales, presentando enormes dificultades en sus realizaciones prácticas, al punto de que dichos espacios son únicamente utilizados por los países que cuentan con los recursos para hacerlo, quedando los Estados en vías de desarrollo marginados de este proceso, dada su carencia económica y falta de capacidad tecnológica para hacer efectivos sus derechos y obligaciones.

c. Preocupaciones comunes

El derecho internacional muestra cada vez más un mayor interés por asuntos que inicialmente eran considerados de la esfera privada de los Estados, demandando su manejo mediante mecanismos concebidos más allá de las fronteras individuales de los países. Tal proceso se ha venido evidenciado mediante la inclusión de conceptos como áreas comunes y patrimonio común de la humanidad, los cuales, como se ha expuesto, han jugado un papel importante en el manejo de temas como la alta mar, el suelo y el subsuelo marino, el espacio ultraterrestre y la Antártica, los cuales son considerados objetos no susceptibles de apropiación por parte de Estados individuales.

No obstante, tales términos -*res communis*- empezaron a generar grandes complicaciones cuando intentaron regular elementos que, de manera directa o indirecta, concernían a la jurisdicción e intereses de los Estados, como el calentamiento global y la biodiversidad, entre los más abordados. Esta situación ha permitido el desarrollo de conceptos adicionales al de *res communis,* tales como los llamados "intereses comunes" o "preocupaciones comunes de la humanidad"[256]. Mientras que aquél se encuentra limitado a determinados objetos del medio, éstos son más abiertos e inclusivos.

256. Ver Nanda, Ved Prakash y Pring, George, óp. cit., *supra* nota 131, p. 35.

En el marco de este progreso conceptual ha emergido la idea según la cual "*(…) the planet is ecologically interdependent and that humanity may have a collective interest (based on environmental concerns) in certain activities that take place or resources that are located wholly within state boundaries (…)*"[257].

En este orden de ideas, una preocupación común ha sido entendida como el derecho y el deber que tienen los miembros de la comunidad internacional de tomar acciones separadas o conjuntas frente a temas de los cuales depende el bienestar total de la humanidad[258]. De hecho, actualmente se sugiere que el medioambiente global es una preocupación común de la humanidad[259].

De acuerdo con Brunnée, los siguientes son los elementos que caracterizan la existencia de una preocupación común: a. el concepto es aplicable dentro de la jurisdicción de los Estados; b. no está dirigido a áreas o recursos como tal, pero se enfoca sobre procesos medioambientales o acciones de protección; y, c. es posible identificarlos mediante los tratados que les otorgan tal calidad[260].

Con respecto al último elemento mencionado, se cree que sólo se puede predicar la existencia de una preocupación común por medio de las fuentes de derecho internacional, ya que son al fin y al cabo las que permiten prácticamente la toma de medidas jurídicas y darle eficacia al concepto. La práctica ha mostrado que una preocupación común que no encuentra soporte normativo carece de pragmatismo, debido a que no existe capacidad para compeler a los Estados a atender los deberes que de ella se desprenden.

Diversos tratados internacionales registran la existencia de elementos que, pese a encontrarse dentro del marco de la soberanía territorial de uno o más Estados, son objeto de atención de la humanidad entera. Las aves acuáticas son un recurso internacional[261], el patrimonio natural y cultural son elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera[262], la fauna silvestre tiene que ser conservada para el bien de la humanidad[263], los recursos filogenéticos constituyen un patrimonio de la humanidad[264], entre otros.

Así mismo, tratados referentes a otros campos particulares de protección ambiental establecen entre sus disposiciones: "*el mantenimiento de la población de atunes*

257. *Ibid*., p. 36. "… *el planeta es ecológicamente interdependiente y la humanidad puede tener un interés colectivo (basado en preocupaciones medioambientales) en determinadas actividades y recursos que se encuentran circunscritos totalmente dentro de los límites de los Estados*".
258. *Ibid*., p .36.
259. Brunnée, Jutta, óp. cit, *supra* nota 240, p. 564.
260. *Ibid*., p. 565.
261. Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, Ramsar, Irán, febrero 2 de 1971, Preámbulo.
262. Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial y Cultural, *supra* nota 245, Preámbulo.
263. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, Bonn, junio 23 de 1979, Preámbulo.
264. Compromiso Internacional sobre Recursos Genéticos, Roma, noviembre 23 de 1983, artículo 1.

de aletas amarillas y bonitos en la comunidad interamericana es un asunto de interés común[265]; "*los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad*[266]; "*la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad*"[267], *inter alia*.

Al respecto, es necesario reiterar que dentro del marco de aplicación del concepto de "preocupaciones comunes" son los procesos o situaciones –no los elementos estáticos- los que constituyen dichas preocupaciones y frente a los cuales se originan las obligaciones y derechos en la esfera internacional. En este sentido, puede verificarse que no es el clima sino el "cambio climático y sus efectos adversos" lo que constituye preocupación común de la humanidad, como es la "conservación de la diversidad biológica" y no la biodiversidad lo que está catalogado como preocupación común.

Los efectos derivados de tales obligaciones son actualmente desconocidos, debido a que es incierto el grado de responsabilidad en el cual podría incurrir un Estado por violación a las mismas. La incertidumbre es generada, en parte, por la falta de claridad respecto a la forma como los Estados deben demostrar su cumplimiento frente a obligaciones abstractas como "conservar la diversidad biológica", o mostrar su preocupación por "el cambio climático y sus efectos adversos". Sin embargo, tratadistas como Sands consideran que "*certain legal responsibilities are attributable to all states in respect of these environmental media and natural resources in accordance with the attribution by treaty or custom of a particular legal characteristic*"[268].

A pesar de que la doctrina no niega la probable generación de responsabilidad por vía de preocupaciones comunes, aún no establece de qué manera podría ser determinada en la práctica, ya que las fuentes existentes en la materia poseen enormes vacíos al respecto.

d. Obligaciones *erga omnes*

Con el fin de encontrar un soporte jurídico para predicar la responsabilidad de los Estados frente a obligaciones surgidas en relación con las *res communis*, el patrimonio de la humanidad, o incluso las llamadas preocupaciones comunes, el concepto de obligaciones *erga omnes* juega un rol trascendental, constituyendo el

265. Convención Interamericana (originalmente entre EEUU y Costa Rica) para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical, Washington, mayo 31 de 1949, Preámbulo.
266. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 145, Preámbulo.
267. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 98, Preámbulo.
268. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *supra* nota 88, p. 287. "*Determinadas responsabilidades jurídicas son atribuibles a todos los Estados en relación con los recursos naturales y medioambientales a la luz de la atribución de una característica legal particular establecida mediante tratado o costumbre internacional*".

fundamento jurídico apropiado sobre el cual puede sostenerse la posible adjudicación de responsabilidad frente a todos los Estados de la tierra. Sin embargo, la evolución del concepto de obligaciones *erga omnes*, su identificación y sus efectos jurídicos –particularmente en el área del derecho internacional ambiental- ha sido materia de constante debate en la doctrina internacional, sobre lo cual vale la pena hacer algunas referencias.

En la actualidad, no se tiene una posición consistente acerca de la legitimidad que tienen los Estados para hacer demandas de responsabilidad por violación de obligaciones *erga omnes* surgidas en relación con *res communis* o preocupaciones comunes. En términos generales, cuando un determinado espacio se encuentra dentro de la soberanía de un Estado particular y el mismo es sujeto de un daño por parte de otro Estado, el perjudicado se encuentra válidamente habilitado para reclamar la responsabilidad internacional del Estado infractor, bajo el entendido de que existan elementos de jurisdicción[269]. No obstante, cuando el área objeto del daño es de aquellas consideradas comunes, se presentan diversidad de opiniones. ¿Estarán todos los Estados de la tierra habilitados para reclamar la responsabilidad internacional del Estado infractor, o existirá alguna limitante?

El concepto de obligaciones *erga omnes*, mencionado en varias oportunidades por la doctrina internacional, encontró por primera vez desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el conocido caso *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, en el cual la Corte reconoció la existencia de aquellas obligaciones que no se tenían en relación con una parte específica pero sí con la comunidad internacional entera. En esta oportunidad, la Corte expresamente manifestó:

> "*An essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State… By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*"[270].

Sin embargo, no existe en la actualidad una regla internacional genérica que disponga que la protección del medio ambiente sea una obligación de carácter *erga*

269. Ver Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de abril 23 a junio 1° y julio 2 a agosto 10 de 2001 y por la Resolución 56/83 de diciembre 12 de 2001 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, artículo 1, "... *responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*".

270. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, p. 32, par. 33. "*Una distinción esencial debe ser planteada entre las obligaciones debidas por un Estado frente a la comunidad internacional entera y aquellas surgidas frente a otro Estado… Por su naturaleza aquellas constituyen la preocupación de todos los Estados. Considerando la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden argüir un interés legal en su protección: aquellas son obligaciones erga omnes*".

omnes. Pese a esto, pueden encontrarse referencias importantes a obligaciones de dicha naturaleza en aspectos particulares de naturaleza ambiental. En la opinión consultiva relativa a la Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares**,** la Corte Internacional de Justicia dispuso que la "*no harm rule*" se encontraba más allá del interés de un Estado particular[271]: "*The existence of the general obligation of states to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*"[272]. A partir de tales consideraciones se sugiere que las obligaciones existentes en relación con *res communis*, patrimonios comunes de la humanidad y preocupaciones comunes consignadas en fuentes de derecho internacional reconocidas, tienen igualmente el carácter de *erga omnes*.

Considerando que las obligaciones existentes frente a "los comunes" son de naturaleza *erga omnes*, vale la pena preguntar si es jurídicamente posible proponer la responsabilidad internacional de un Estado, demostrando únicamente que la obligación incumplida era debida a toda la comunidad internacional, en otras palabras, si el derecho de invocar la responsabilidad internacional es una facultad inherente al concepto de obligaciones *erga omnes*. Al respecto, es preciso referirse al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos redactado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, cuyo contenido es actualmente considerado costumbre internacional.

El artículo 42 de dicho Proyecto establece que:

"*Artículo 42.- Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado*
Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

a) Con relación a ese Estado individualmente; o
b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, <u>o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación</u>:
i) *<u>afecta especialmente a ese Estado</u>; o*
ii) *es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta*"[273].

271. Brunnée, Jutta, óp. cit, *supra* nota 240, p. 555.
272. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996,* p. 226, pp. 241-242, par. 29. "*La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas situadas más allá del control nacional es ahora parte del cuerpo del derecho internacional relacionado con el medio ambiente*".
273. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 269, artículo 42 (subraya fuera de texto).

Llama la atención que, pese a que el artículo prevé la invocación de la responsabilidad por violación a una obligación *erga omnes* ("obligaciones existentes con relación a la comunidad internacional en su conjunto"), condiciona su operatividad a que dicha obligación "afecte especialmente" al Estado que la invoca, generando una aparente contradicción conceptual, debido a que reconoce la existencia de las obligaciones *erga omnes*, pero permite únicamente alegatos de responsabilidad cuando se generan efectos *inter partes*, mediante la afectación especial de quien pretende invocar la responsabilidad.

A primera vista, se ve plasmada la existencia de un sistema de responsabilidad que reconoce las obligaciones *erga omnes*, aunque sin otorgarle efectos jurídicos, al punto que los alegatos de responsabilidad sólo pueden ser propuestos por Estados que acrediten una afectación especial. De todos modos, tal como lo refieren diversos publicistas, incluso estas opciones limitadas de invocación de responsabilidad anteriormente mencionadas parecen inciertas, debido a que no existe suficiente práctica estatal que apoye inequívocamente la existencia de una determinada regla de costumbre internacional; además, la existencia de una *actio popularis* internacional es aún materia de controversia[274].

En conclusión, puede decirse que, aunque exista un sistema internacional basado principalmente en los intereses individuales de los Estados, son identificables escenarios excepcionales en los cuales prima el interés común de la humanidad. Dentro de éstos se encuentran conceptos como *res communis*, patrimonio de la humanidad y preocupaciones comunes de la humanidad. Este último –de mayor novedad- se caracteriza fundamentalmente por regular procesos o conceptos dinámicos que de manera directa o indirecta conciernen la soberanía territorial de los Estados, enfocándose en la repartición equitativa de cargas de cooperación para la solución de problemas; por el contrario, conceptos más clásicos, como *res communis* y patrimonio de la humanidad, regulan espacios concretos que no pertenecen a ningún Estado pero que son propiedad de la humanidad entera, siendo desarrollados esencialmente a la luz de la distribución equitativa de beneficios derivados de la explotación de tales áreas[275].

En este orden de ideas, las obligaciones existentes en relación con espacios, áreas, procesos y demás elementos calificados por el derecho internacional como co-

274. Brunnée, Jutta, óp. cit, *supra* nota 240, p. 557.
275. Ibid., p. 566.

munes, podrían ser consideradas de naturaleza *erga omnes*, en tanto son obligaciones que no se tienen frente a un Estado en particular, pero sí respecto a la humanidad entera.

No obstante, la existencia general de un derecho inherente de invocación de responsabilidad por violación de obligaciones *erga omnes* parece no tener total claridad en la doctrina internacional. Si bien en principio cualquier Estado podría invocar la responsabilidad de otro Estado únicamente probando el incumplimiento de una obligación *erga omnes*, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos sugiere la necesidad de que el Estado demandante demuestre una afectación especial. El tema sigue siendo materia de debate e irá resolviéndose conforme se produzca una evolución en el derecho internacional.

La importancia de este tema, así como la gran multiplicidad de discusiones doctrinarias generadas en relación con los conceptos de *res communis*, patrimonio común, preocupaciones comunes y obligaciones *erga omnes*, entre otros, consiste en que pareciera formar parte del fundamento jurídico para la construcción de una obligación general internacional de protección del medio ambiente. Mientras este desarrollo culmina y es corroborado por las fuentes del derecho internacional, los temas medioambientales serán sólo una preocupación internacional, serán aquellos expresamente contenidos en un tratado o costumbre internacionales. No obstante, los fundamentos jurídicos para el avance del derecho internacional en este aspecto están dados.

4. El concepto de seguridad en derecho internacional

Además de los conceptos analizados, los cuales han sido objeto de constante estudio, replanteamiento y ampliación en el derecho internacional público y ambiental, teniendo en cuenta su permanente evolución en el tiempo, se encuentra el de "seguridad"; a pesar de que en su origen esta noción estuvo limitada a la idea de protección de los Estados contra toda amenaza militar proveniente del exterior, ahora incorpora nuevos elementos que la hacen aplicable a las nuevas circunstancias propuestas por el desarrollo de las relaciones internacionales y el

derecho internacional, como la preocupación por profundizar en la normatividad internacional para la protección ambiental.

Estos desarrollos contemporáneos en materia ambiental han representado un reto al concepto tradicional de "seguridad". Planteando aspectos novedosos como el de "seguridad ambiental" consistente en la convicción de que la estabilidad de una comunidad puede estar amenazada por la falta de una adecuada administración de los recursos naturales[276], la normatividad internacional ambiental ha impulsado en la teoría y en la práctica la expansión del concepto de seguridad hacia campos no previstos anteriormente.

En un primer momento, el término se hallaba estrechamente vinculado a la posibilidad con que contaba cada uno de los Estados para repeler las posibles amenazas provenientes del exterior en contra de sus legítimos intereses nacionales, conduciendo a la creencia de una posible guerra contra su colectividad[277].

Este primario concepto de seguridad[278] estaba vinculado, especialmente en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, a la denominada "seguridad militar". Sobre este aspecto, vale citar los ejemplos de la Organización de las Naciones Unidas, constituida para velar por la seguridad y paz internacionales, y la OTAN y el Pacto de Varsovia, las cuales creaban, en sus tratados constitutivos, una "frontera impermeable" para salvaguardar la soberanía nacional de sus Estados miembros, primero por medio de la disuasión y segundo por medio de la fuerza de las armas, en caso de que la disuasión fallara en detener las amenazas[279].

Esta circunscripción del concepto al aspecto militar y la posibilidad de construir un sistema que agrupara las "seguridades individuales" de cada uno de los Estados, fueron acogidas en la Carta de las Naciones Unidas al establecer un sistema de seguridad colectiva o "la seguridad de todos por todos"[280], en el cual los Estados entregaban a la sociedad internacional el rechazo y desaprobación de las amenazas militares que existieran sobre cualquiera de ellos[281].

Sin embargo, pese a la limitación al campo estrictamente militar y a las amenazas contra la paz y seguridad internacionales que caracterizaron al concepto en su origen, la noción de seguridad ha sido ampliada en las últimas décadas. Según

276. Weintraub, Bernard A., "Environmental Security, Environmental Management, and Environmental Justice", en *Pace Environmental Law Review*, 1994-1995, (12), pp. 533-623, p. 546.
277. Leal Buitrago, Francisco, *La seguridad nacional a la deriva. Del Frente Nacional a la Posguerra Fría*, Alfaomega –Ceso Uniandes –FLACSO Sede Ecuador, Colombia, 2002, p. 193, en: Tenorio Quintero, María Juliana, *El concepto de Seguridad Colectiva en el marco de la ONU: Redefinición del papel de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el ECOSOC*. Tesis de maestría, Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo, dirigida por GIL, Laura, Bogotá, agosto de 2006.
278. Herrera-Lasso y González definen este concepto como "*el conjunto de condiciones –políticas, económicas, militares, sociales y culturales –necesarias para garantizar la soberanía, la independencia y la promoción del interés de la Nación, fortaleciendo los componentes del proyecto nacional y disminuyendo al mínimo las debilidades que puedan traducirse en ventanas de vulnerabilidad frente al exterior*". Ver Herrera-Lasso, Luis y González, Guadalupe, "Balance y perspectivas en el uso del concepto de la seguridad nacional en el caso de México", en *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la Seguridad Nacional en México*, compilado por Aguayo, Sergio y Bagley, Bruce Michael, Segunda Edición, Editorial Siglo XXI, México, 2002, pp. 391-410, p. 391.
279. SALMON, Trevor C. (Ed.), *Issues in International Relations*, Routledge Taylor & Francis Group, London, 2000, p. 64.
280. http://www.ser2000.org (consultada en julio 4 de 2008).
281. En este sentido, el artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas confiere al Consejo de Seguridad de la ONU "*la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*"; y, el Capítulo VII de la misma Carta, consagra la facultad que tendrá el Consejo de Seguridad para ejercer "*la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*", cuando las medidas pacíficas hayan sido inadecuadas.

la Organización de las Naciones Unidas, "*sabemos demasiado bien que las mayores amenazas a la seguridad con que nos enfrentamos hoy día, y con que nos enfrentaremos en los decenios por venir, van mucho más allá de las guerras de agresión entre Estados. Estas amenazas comprenden la pobreza, las enfermedades infecciosas y la degradación del medio ambiente; la guerra y la violencia internas; la proliferación y el posible uso de armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas; el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional*"[282].

Estas consideraciones de la Organización de las Naciones Unidas han quedado evidenciadas en numerosas circunstancias en las cuales el impacto negativo causado sobre el medio ambiente ha sido origen de conflictos que han desencadenado situaciones de inestabilidad en algunas regiones del mundo, afectando la paz y seguridad internacionales. La explotación de algunos recursos hídricos, madereros, genéticos, entre otros, así como la contaminación de fuentes de agua en Filipinas, África sub-sahariana, Centro y Sur América, han sido la razón principal del desplazamiento de algunas poblaciones y el surgimiento de conflictos regionales que han exigido la mediación de la ONU[283].

De esta manera, podría plantearse que cualquier suceso que contribuya a la degradación del medio ambiente, como la denominada "inseguridad alimentaria", el crecimiento demográfico del mundo en desarrollo, la pérdida de tierras cultivables, la escasez de agua, la sobrepesca, la deforestación y la alteración de los ecosistemas[284], constituyen ahora un riesgo para la paz y seguridad internacionales[285]; al representar una amenaza para la paz internacional, al igual que la agresión militar, limitación que tuvo la seguridad internacional en su primer momento, el problema ambiental reclama ser repelido y estudiado por la comunidad internacional en su conjunto[286].

En este mismo sentido, el Consejo de Seguridad, consciente del desarrollo que ha tenido el tema de la seguridad a nivel internacional y las modernas implicaciones que conlleva, subrayó en 1992 el papel que juegan otros componentes:

> "*The absence of war and military conflicts amongst States does not itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security. The United Nations membership as a whole needs to give the highest priority to the solution of these matters.*"[287]

282. Resolución 59/565 de diciembre 2 de 2004 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Un mundo más seguro: La responsabilidad que compartimos*, p. 11, disponible en http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf (consultada en julio 4 de 2008). Este proceso recoge eventos y documentos como la Resolución 43/131 de diciembre 8 de 1988, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, por medio de la cual esta organización admitió por vez primera el derecho a la intervención por razones humanitarias y no para actuar como un organismo de carácter militar (subraya fuera de texto).
283. Para una información más detallada de los países en los cuales se presentaron conflictos causados por la sobre-explotación del medio ambiente ver Mathews, Jessica Tuchman, "Redefining Security", en *Foreign Affairs*, 1988-1990, (162), pp. 162-177.
284. Resolución 59/565 de diciembre 2 de 2004, *supra* nota 282, p. 29.
285. Incluso, en palabras de la ONU "[e]*l estrés ambiental, provocado por una alta densidad demográfica y una escasez de tierras y otros recursos naturales, puede contribuir a la violencia civil*". Ibid., pp. 21-22.
286. Al respecto, plantea que "*el principal desafío para las Naciones Unidas y sus miembros consiste en asegurar que, de todas las amenazas en las categorías arriba indicadas, las que son distantes no pasen a ser inminentes y las que son inminentes no lleguen a ser destructivas. Ello exige un marco de acción preventiva que encare todas esas amenazas de todas las maneras que más eco encuentran en las distintas partes del mundo*", Ibid., p. 27. Igualmente, propone la realización de un trabajo mayor y coordinado entre las Naciones Unidas por medio de su Programa para el Medio Ambiente (PNUMA), su Programa para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Mundial, con miras a enfrentar de manera más eficaz la degradación del medio ambiente como amenaza a la seguridad y la paz internacionales. Ver Ibid., p. 34.
287. "*La ausencia de guerra y conflictos militares entre los países no asegura ella misma la paz y seguridad internacionales. Las fuentes no militares de inestabilidad en los campos económicos, social, humanitario y ecológico han llegado a ser amenazas a la paz y seguridad internacionales*". Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, aprobada en la sesión del Consejo celebrada a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno en enero 31 de 1992 (U.N. Doc S/23500), citado por Tinker, Catherine, "Environmental Security in the United Nations: Not a Matter for the Security Council", en *Tennessee Law Review*, 1991-1992, (59), pp. 787-801, p. 787.

El avance que significó la ampliación del espectro de los peligros existentes para la seguridad y paz internacionales al incluir el problema de destrucción del medio ambiente, suscita inmediatamente el tema de la respuesta que debe producir la comunidad internacional. De un lado, se ha mencionado la posibilidad de que un ataque al medio ambiente de cualquier Estado sea contrarrestado por la Asamblea General de las Naciones Unidas; de otro, se ha propuesto que el Consejo de Seguridad, en ejercicio de su función de mantener la seguridad y paz internacionales, tal y como lo haría contra una agresión militar, sea quien actúe y encuentre una solución eficaz.

El artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas establece que la Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente, a su consideración, cualquier Estado miembro de la Organización o el Consejo de Seguridad[288]; en este sentido, la Asamblea General, órgano integrado por todos los miembros de las Naciones Unidas, actuando como uno de los escenarios más participativos en los que puede darse la discusión de temas de seguridad mundial, tendría la facultad para estudiar y tratar este tema, adoptando resoluciones para la aplicación de los Estados.

Sin embargo, debe anotarse que el artículo 11 numeral 2 de la Carta consagra que "*Toda cuestión de esta naturaleza* [la seguridad y paz internacionales] *con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla*"[289]. Esta norma debe ser entendida conforme con el artículo 12 de la Carta, el cual establece que "*Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad*"[290].

Como se ha mencionado, el Consejo de Seguridad posee, en virtud del artículo 24 de la Carta de las Naciones Unidas, "*la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*"[291] y, en caso de ser urgente su intervención, actuará conforme con el Capítulo VII del mismo instrumento, profiriendo resoluciones que son obligatorias para cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas[292] y que prevalecen sobre cualquier otra disposición adoptada.

288. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 10.
289. Ibid., artículo 11. 2.
290. Ibid., artículo 12.
291. Ibid., artículo 24.
292. Ibid., artículos 25 y 39.

En consecuencia, dado que los asuntos medioambientales están relacionados directamente con la paz y la seguridad internacionales, como se ha analizado, el Consejo de Seguridad poseería, en principio, la facultad para tomar acciones en todos los eventos que generen un menoscabo o una amenaza inminente al medio ambiente, conforme con las funciones y poderes que le ha conferido al Carta de las Naciones Unidas.

No obstante, esta posición ha sido controvertida por algunos sectores de la doctrina. Según Tinker, la comunidad internacional es quien tiene, en primer lugar, todos los poderes para implementar las medidas necesarias tendientes a detener las actividades que generen daños o amenazas al medio ambiente[293]. Además, los Estados miembros de la Organización pueden hacer uso del derecho de legítima defensa individual o colectiva, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en caso de ataque armado[294], y tienen la posibilidad de realizar acuerdos regionales o crear organismos cuyo fin sea tratar los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.[295] Así mismo, según Tinker, no se encuentra contemplado en los borradores de la Carta de las Naciones Unidas el uso de la fuerza para detener el desarrollo de una nación, aunque implique la destrucción de los recursos naturales[296].

Como una solución a esta discusión, que a su vez guarde armonía con el derecho internacional, podría proponerse que la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en asuntos internos de los Estados en nombre del desarrollo sostenible debe, en caso de adoptarse, estar limitada y ser la última herramienta a tomar para resolver los problemas que en este campo se originen[297]. La Carta de las Naciones Unidas establece en su artículo 40 que el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas contra las amenazas a la paz u otros actos de agresión, instará primero a las partes a tomar medidas provisionales, con el fin de evitar que la situación entre ellas se agrave[298], medidas preventivas que pueden resultar más efectivas ante el posible surgimiento o agravación de un conflicto a escala internacional.

Sin embargo, esta posición debe ir de la mano del desarrollo de un derecho internacional ambiental más fuerte[299], de la estrecha cooperación entre los países afectados por las amenazas medioambientales, de un fortalecimiento, y no

293. Ver Tinker, Catherine, óp. cit., *supra* nota 287, p. 795.
294. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 11, artículo 51.
295. *Ibid*, artículo 52.
296. Ver Tinker, Catherine, óp. cit., *supra* nota 287, p. 794.
297. Según Tinker sólo existirían dos justificantes para la intervención de este organismo en un Estado por daños medioambientales: una basada en considerar el desarrollo sostenible como un derecho humano, dado el impacto que tienen en la salud humana el aire, el agua y el suelo limpio; o la "*teoría del patrimonio común de la humanidad*", según la cual los Estados no tienen soberanía absoluta sobre los recursos que se encuentran en su territorio, ya que deben ser vistos como de interés para todo el planeta. Ver Ibid., p. 793.
298. Carta de las Naciones Unidas, óp. cit., *supra* nota 11, artículo 40.
299. Lo cual contempla el robustecimiento de las instituciones globales, la articulación de derechos y obligaciones existentes en esta área y la contribución de los países desarrollados en la financiación y transferencia de tecnología que haga realidad el desarrollo sostenible. Ver Tinker, Catherine, óp. cit., *supra* nota 287, p. 795.

suplantación, de los programas diseñados por Naciones Unidas para el tema, como son el PNUMA, el ECOSOC y la FAO[300] y, de ser necesaria, la intervención de la Corte Internacional de Justicia como máximo órgano de la justicia internacional para la solución pacífica de las controversias.[301]

En conclusión, el derecho internacional ambiental ha impuesto un reto importante al concepto tradicional de seguridad que había manejado el derecho internacional, promoviendo la ampliación de su contenido y alcance, y generando una mayor preocupación por el impacto que pueden tener las cuestiones medioambientales en la paz internacional. De lo anterior resulta evidente la necesidad de adoptar una lectura más amplia a este respecto, la cual impulse la toma de decisiones más eficaces para la prevención y la resolución de conflictos a nivel internacional. La evolución del concepto de seguridad con la actual inclusión de temas medioambientales, genera el efecto de ubicar los temas relacionados con la protección del medio ambiente dentro de las facultades y prioridades de la más universal de las organizaciones internacionales, esto es, de las Naciones Unidas.

Parte VI. Conclusiones

Como se analizó, en muchos escenarios se ha sostenido que el derecho internacional ambiental es una rama autónoma del derecho internacional público, hasta ahora en etapa de surgimiento y en curso de ratificación, lo cual sólo puede lograrse después de un largo proceso histórico.

Sin embargo, es preciso manifestar que si bien el tratamiento de temas medioambientales de manera especializada puede ser relativamente nuevo, las bases sobre las cuales se construyen sus estructuras son conceptos inveterados del derecho internacional; esto asegura la suficiente cohesión y fortaleza del derecho internacional ambiental, con el fin de que acelere el proceso de toma de decisiones que atiendan inmediatamente un interés común como es el medio ambiente, del cual depende, sin duda, la existencia de toda la humanidad.

En particular, se han identificado cuatro instituciones básicas de derecho internacional de las cuales parte el desarrollo del derecho internacional ambiental,

300. Ver Mathews, Jessica Tuchman, óp. cit., *supra* nota 283, pp. 175-176.
301. Ver Tinker, Catherine, óp. cit., *supra* nota 287, p. 798-800.

haciendo claridad que la evolución de éste ha implicado el cuestionamiento de las mismas, conforme a su definición tradicional por las escuelas clásicas: la soberanía, los actores del derecho internacional, el régimen de los comunes y la seguridad.

Las cuatro instituciones han sido estudiadas ampliamente por la doctrina clásica del derecho internacional público y constituyen elementos estructurales de los estudios internacionales. No obstante, el derecho internacional ambiental ha presentado discusiones concretas que han promovido su evolución y la solidificación de sus fundamentos como rama del derecho internacional público.

Con respecto a la soberanía, puede decirse que, aunque en sus comienzos era un concepto absoluto que refería el control total de un Estado sobre su territorio y en relación con su población, la evolución del derecho internacional ambiental ha relativizado sus implicaciones, estableciendo parámetros concretos como el de no causar daño medioambiental a zonas situadas por fuera de toda jurisdicción nacional, tal como se encuentra plasmado por la costumbre internacional en los términos del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972.

Por otro lado, frente a los actores del derecho internacional, la doctrina clásica surgió y se apoyó en la existencia del Estado como el único actor, sujeto y objeto del derecho internacional. Sin embargo, el derecho internacional ambiental ha corroborado el surgimiento de una gran multiplicidad de actores distintos a los Estados, tales como organizaciones no gubernamentales, empresas transnacionales, comunidades científicas y tecnológicas, entre otros, que actualmente juegan un papel imprescindible en la dinámica constante de la sociedad internacional. Si bien puede aceptarse que el Estado continúa siendo el principal actor, lo cierto es que dado el tecnicismo requerido en temas ambientales, así como las relaciones de interdependencia que implican las materias y la demanda de supervisión, la participación de tal variedad de actores resulta ineluctable.

De otra parte, con relación al régimen de los comunes, como se ha manifestado reiterativamente, el derecho internacional ambiental se crea a partir del reconocimiento de relaciones interdependientes en la comunidad internacional. Dichas circunstancias han permitido la utilización constante de conceptos que consa-

gran la excepción a la regla de la primacía de la individualidad en la comunidad internacional, tales como *res communis*, patrimonio común de la humanidad, preocupaciones comunes y obligaciones *erga omnes*, entre otros. Pese a que existen ciertas dudas en relación con los mecanismos de exigibilidad y fuerza ejecutoria en relación con obligaciones *erga omnes* contentivas de compromisos frente a objetos de régimen común, no hay duda de su existencia, así como del rápido proceso de evolución tendiente a la consolidación no muy lejana de una regla de costumbre internacional de carácter *erga omnes* dirigida a la protección del medio ambiente como un bien de toda la humanidad.

Finalmente, alrededor del concepto de seguridad, puede concluirse que se han producido algunos cambios en su definición. La seguridad en 1945 fue entendida únicamente en su acepción estrictamente militar; sin embargo, hoy en día, tiene alcances mayores nunca antes previstos, dentro de los cuales se incluye la seguridad ambiental, según la cual la protección del medio ambiente es un criterio del cual depende el bienestar y existencia misma de la humanidad. La apertura del concepto ha expandido las posibilidades de que en la Organización de las Naciones Unidas, máximo órgano de la comunidad internacional, se tomen medidas más eficaces que las que se podrían adoptar careciendo de apoyo institucional, máxime si el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales constituyen los fines esenciales de dicha organización.

Como se infiere de los argumentos expuestos en el presente capítulo, los renovados conceptos de soberanía, actores internacionales, obligaciones comunes y seguridad, cumplen una doble función en el análisis del derecho internacional ambiental. Como primera medida, constituyen los elementos vertebrales del derecho internacional público que son cuestionados y reformulados a partir del surgimiento y desarrollo del objeto de estudio de esta obra. Siendo conceptos de persistente estudio en el derecho internacional, actualmente encaran los retos que les impone el derecho internacional ambiental de conformidad con la evolución de las necesidades de la sociedad internacional contemporánea.

En segunda instancia, son las cuatro instituciones clásicas de derecho internacional que constituyen los robustos cimientos sobre los cuales se está edificando el corpus del derecho internacional ambiental lo que, sin duda, redundará en la

pronta consolidación de una costumbre internacional general vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional que propenda por la protección del medio ambiente.

Estos cuatro fundamentos clásicos retomados por el derecho internacional ambiental son la garantía de la efectividad y pragmatismo de las normas internacionales que buscan la implementación de aquello que académicos, políticos, organizaciones civiles e individuos específicos, exigen del derecho internacional contemporáneo: la protección efectiva del medio ambiente.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Introducción

El concepto, las materias reguladas, el papel y la importancia que ha jugado en la vida de los pueblos el derecho internacional ambiental no han permanecido estáticos; por el contrario, estos aspectos han ido evolucionando a través de la historia, como un reflejo de los avances que se han producido en el conocimiento científico, la aplicación de nuevas tecnologías, una mayor comprensión de sus efectos directos y colaterales, cambios en la conciencia política y un dinamismo permanente en las instituciones legales internacionales[1].

La categorización y división de las etapas históricas en que se ha producido la evolución de la normatividad internacional en materia ambiental, han sido motivo de discusión para los tratadistas del tema. Algunos de ellos diferencian cuatro etapas claras en el desarrollo del derecho internacional ambiental desde el siglo XIX[2]; otros sostienen que pueden distinguirse tres fases o períodos –tradicional, moderno y posmoderno[3]; y otros consideran, incluso, que algunos textos religiosos y creencias éticas motivaron el surgimiento de opiniones en favor de la protección ambiental, basadas en la guarda que se impone a los seres humanos como contraprestación del beneficio que les reporta el aprovechamiento de la naturaleza, y en el reconocimiento de la relación existente entre la especie humana y otras partes de la naturaleza, quienes actúan como elementos complementarios unos de otros de manera integrada[4].

En este capítulo se expondrá la evolución del derecho internacional ambiental dividiéndola en las cuatro grandes fases en que se han producido sus más destacados avances jurídicos: la primera, desde el siglo XIX hasta la creación de la ONU en 1945; la segunda, desde la creación de la ONU hasta la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de Estocolmo en 1972; la tercera, desde la Conferencia de Estocolmo hasta la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo

1. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 25.
2. *Ibid*., p. 25 y ss.; Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment,* Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 27 y ss.
3. Según Sand, estas tres fases consisten en: la "era tradicional", hasta cerca de 1970 (subdividida en período pre-1945 y post-1945), antes de la Conferencia de Estocolmo en 1972; la "era moderna", desde la Conferencia de Estocolmo hasta la Conferencia de Río en 1992; y la "era posmoderna" desde la Conferencia de Río. Ver Sand, Peter H., "The Evolution of International Environmental Law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 29-43.
4. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 31.

de Río de Janeiro en 1992; y finalmente, una cuarta desde la Conferencia de Río hasta el día de hoy.

Parte II. Primera etapa. Desde el siglo XIX hasta la creación de la ONU en 1945

Aunque su forma y estructura sólo es reconocible hasta mediados de los años 80, puede considerarse que el desarrollo del moderno derecho internacional ambiental se enmarca dentro de los avances que el derecho internacional tuvo en la segunda mitad del siglo XIX, con la conclusión de los primeros tratados sobre pesca y los primeros acuerdos sobre la protección de algunas especies de plantas[5].

Estos tempranos desarrollos de la regulación internacional ambiental estaban focalizados principalmente en la conservación de la vida silvestre y, de manera limitada, en la protección de ríos y mares, ligado a la realización de estudios científicos sobre suelos, erosión, deforestación, humedad y protección de algunas especies[6].

Sin embargo, autores como Fitzmaurice opinan que estas primeras evoluciones tuvieron un carácter antropocéntrico y eran más pragmáticas que motivadas por objetivos ecológicos, respondiendo más a las necesidades económicas y materiales de los seres humanos, que a la intención de salvaguardar y proteger *per se* la vida silvestre[7].

En este sentido, se expidió la Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura de 1902, considerada la primera convención multilateral internacional en materia ambiental, adoptada en París por doce Estados europeos[8]. Este tratado fue la conclusión de un proceso y esfuerzos emprendidos algunas décadas atrás[9] y establecía la absoluta protección de ciertas aves –principalmente insectívoras- que actuaban positivamente en la producción agrícola, prohibiendo su caza, la captura de sus nidos y sitios de reproducción, entre otros aspectos. El resto de aves, pertenecientes a otros ecosistemas, como las aves depredadoras o pequeños roedores, estaban incluidas en un anexo denominado "aves no

5. Sands, Philippe, óp. cit., supra nota 1, p. 25.
6. *Ibid.*, p. 26. Algunos autores como Rowlands encuentran hacia el año de 1273 en Inglaterra algunas iniciativas legislativas –al menos en el plano local- en materia de protección ambiental, las cuales consistían en la prohibición de quema de carbón en Londres. Ver Rowlands, Ian H., "Atmosphere and Outer Space", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, óp. cit., *supra* nota 3, p. 317.
7. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 2, p. 28.
8. Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura, París, marzo 19 de 1902.
9. En Suiza en 1872 se propuso la creación de una Comisión regulatoria internacional para la protección de las aves. Esto llevó a que fuera considerado el tema en el Congreso Internacional de Ornitología, de carácter no gubernamental, y finalmente la creación del Comité Internacional de Ornitología, el cual propuso la adopción de la Convención de Protección de las Aves de 1902.

útiles" y, en razón a ello, no eran objeto de protección y no estaba prohibida su caza, captura y destrucción[10].

En el plano regional, se suscribieron otros tratados para la protección de la vida silvestre, como la Convención destinada a asegurar la conservación de las diversas especies animales que viven en estado salvaje en África y que son útiles al hombre, o inofensivas[11]. Ésta perseguía asegurar la conservación de la vida silvestre en las colonias africanas, incluyendo restricciones al uso y comercio de ciertas pieles. Este tratado fue remplazado en 1933[12] por la Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural y, finalmente, por un nuevo instrumento en 1968, adoptado con posterioridad a la independencia de las antiguas colonias africanas[13].

"*This convention is important in that it is considered to be "a precursor of our present environmental concepts*"[14]. Con ella se inician los acercamientos a los principales temas ecológicos y surge la idea de establecer los denominados parques naturales y dar una mayor protección a ciertas especies silvestres, estableciendo, para el efecto, estrictas limitaciones a su tráfico comercial[15].

En la primera década del siglo XX la preocupación por la contaminación de las aguas fue igualmente incluida en la agenda ambiental. En 1909 se suscribió entre Estados Unidos y Canadá el Tratado de Aguas Fronterizas, el cual creó una Comisión Internacional Conjunta encargada de solucionar las diferencias y discusiones surgidas entre los Estados firmantes sobre el tema de las aguas que los separaban. También se instauró un sistema de cooperación entre ambos países con el fin de prevenir la contaminación en la zona limítrofe[16].

No obstante, los desarrollos relativos a la creación de organizaciones internacionales en materia medioambiental en este período fueron escasos. En 1909 se reunió en París el Congreso Internacional para la Protección de la Naturaleza, primer esfuerzo por crear un organismo internacional en la materia. En 1913 se firmó en Berna, por parte de diecisiete países, el acta de fundación del Comité Consultivo para la Protección Internacional de la Naturaleza, cuyas funciones consistían en recolectar, clasificar y publicar la información relativa a la protección del medio ambiente. Pese a ello, su existencia se vio afectaba por el estallido de la Primera Guerra Mundial[17].

10. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 32.
11. Convención destinada a asegurar la conservación de las diversas especies animales que viven en estado salvaje en África, Londres, mayo 19 de 1900.
12. Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, Londres, noviembre 8 de 1933.
13. Se trata de la Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, Argel, septiembre 15 de 1968 o "Convención de Argel", en vigor desde abril 22 de 1968. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, pp. 28 y 524.
14. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4 p. 34, "*Esta convención es importante en cuanto es considerada como la precursora de nuestros conceptos medioambientales actuales*".
15. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 2, p. 30.
16. Tratado de Aguas Fronterizas entre Estados Unidos-Canadá, Washington, enero 11 de 1909.
17. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 29.

Algunos desarrollos auténticamente medioambientales comenzaron a producirse en la década de 1930, cuando fueron adoptadas la Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, de 1933, arriba citada[18], y la llamada Convención del Hemisferio Occidental en 1940[19], las cuales dispusieron la conformación de reservas y mecanismos de protección de algunas zonas del planeta y algunas especies silvestres, como las aves migratorias.

Este naciente desarrollo legal estuvo reflejado en el plano jurisprudencial. Por un lado, se produjo la decisión proferida en el caso *Pacific Fur Seals* entre Estados Unidos y Gran Bretaña, originado por la reclamación que hizo aquél sobre la amenaza que significaba la sobre-explotación, por parte de Gran Bretaña, de las pieles de focas en áreas más allá de su jurisdicción. El Tribunal rechazó el argumento de que los Estados tienen el derecho de conservar su jurisdicción sobre los recursos naturales existentes por fuera de ella con el fin de asegurar la preservación de éstos, y estableció regulaciones para la protección de los mismos dentro de su propia jurisdicción y para la preservación de las pieles de focas por fuera de sus límites jurisdiccionales[20].

Por otro lado, la decisión arbitral del caso *Trail Smelter* entre Estados Unidos y Canadá, relativa a un conflicto sobre la contaminación del aire en el Estado de Washington causada por unas fundidoras de azufre situadas en Canadá, estableció que es imputable la responsabilidad al sujeto de derecho internacional que incurra en la vulneración de una regla jurídica internacional y que "*no state has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*"[21].

Parte III. Segunda etapa. Desde la creación de la ONU hasta la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de Estocolmo en 1972.

El establecimiento de la Organización de Naciones Unidas y sus agencias especializadas en 1945 abrió las puertas a nuevos desarrollos en el derecho internacional ambiental. Aunque ninguno de estos organismos se encargó específicamente

18. Ver *supra* nota 12.
19. Convención para la Protección de la Naturaleza y Preservación de la Vida Silvestre del Hemisferio Occidental, Washington, octubre 12 de 1940, en vigor desde mayo 1° de 1942.
20. Pacific Fur Seals Arbitration, Judgement of 15 August 1893, 1 Moore's International Arbitral Awards 755.
21. Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 y March 11 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982. "*Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio como tal como método para causar un perjuicio por gases en o a su territorio o el de otro o a las propiedades de personas en ese lugar, cuando el asunto tiene serias consecuencias y el perjuicio es establecido por evidencia clara y convincente*".

del tema medioambiental, la realización de los propósitos que la nueva organización internacional tenía con relación al tema fueron adscritos a algunas de sus agencias, como la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO); la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) –antecedente de la creación de la OMC- que permitía la adopción de ciertas medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales agotables como excepciones a las reglas que regulaban las obligaciones de libre comercio; y, en el tema marítimo, la Organización Marítima Internacional (IMO), creada en 1954[22].

La Carta de las Naciones Unidas no plasmó un mandato expreso dirigido a proteger y conservar los recursos naturales y el medio ambiente. A este objetivo sólo podía llegarse por la vía de la cooperación internacional, en aras de resolver los problemas de carácter económico, social, cultural o humanitario[23].

Sin embargo, la naciente acción intergubernamental en este campo, llevó a que en 1947 el Consejo Económico y Social (ECOSOC) profiriera una resolución convocando a la Conferencia de Naciones Unidas sobre la Utilización y Conservación de Recursos (UNCCUR) en 1949[24]. Convenida para intercambiar información sobre técnicas, costos, beneficios económicos en este campo y sus interrelaciones, así como para intercambiar ideas y experiencias sobre el tema[25], la Conferencia no fue encargada de adoptar recomendaciones, por lo cual su alcance en la práctica fue muy limitado.

Pese a esto, "*The Conference was notable for its clear recognition of the inter-relationship between conservation and development. This is perhaps one of the first indications of an expansion of the international community's concern from the protection of the natural environment, such as flora and fauna, to a broader concern for the environment in all its aspects*"[26].

El mandato que tenía la Conferencia consistió, esencialmente, en la discusión de seis temas específicos: minerales, combustibles y energía, agua, bosques, suelo y vida silvestre. Así, girando en torno al estado de los recursos del mundo, se revisó el crítico desabastecimiento de los mismos, su alto grado de interdependencia, su uso y conservación, el desarrollo de nuevos recursos por medio de tecnología apli-

22. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 31.
23. Ver Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945, artículo 1. 3 y Capítulo IX.
24. Ver Resolución 32 (IV) de 1947 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas.
25. *Ibid.*, Preámbulo.
26. Ver "Human Rights and the Environment. Background paper", adoptado por Asia Pacific Forum, Australia, septiembre 24 a 27 de 2007, disponible en http://www.asiapacificforum.net/about/annual-meetings/12th-australia-2007/downloads/acj-reference-on-the-environment/ACJ%20Background%20Paper%20-%20HR%20and%20the%20Environment.pdf (consultada en junio 6 de 2008). "*La Conferencia [de 1949] fue notable por su claro reconocimiento de la interrelación entre conservación y desarrollo. Esta es quizá una de las primeras indicaciones de la expansión del interés de la comunidad internacional de la protección del medioambiente natural, como la flora y la fauna, a una preocupación más amplia sobre el medio ambiente en todos sus aspectos*".

cada, la educación para la conservación, el tema de los recursos técnicos para los países menos desarrollados y el desarrollo integrado de las cuencas de los ríos[27].

En 1946 se suscribió, en materia de biodiversidad, la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, la cual estableció una Comisión Internacional Ballenera con el fin de que estimulara, recomendara y organizara estudios e investigaciones relacionadas con las ballenas y su caza, y regulara lo concerniente a las especies protegidas y no protegidas; la apertura y cierre de las temporadas; las aguas abiertas y cerradas, incluyendo la designación de zonas santuarios; los límites en la cantidad de especies para la pesca; el tiempo, métodos e intensidad de la caza de las ballenas (incluyendo la captura máxima de ballenas para cada temporada); los tipos y especificaciones de aparejos, dispositivos e instrumentos que pueden utilizarse; entre otros factores[28].

Para comienzos de la segunda posguerra, en palabras de Kiss, "[…] *the international community responded to specific environmental threats caused by technological change and expanded economic activities. The growing use of super tankers to transport oil by sea led to the first efforts to combat marine pollution during 1950s"*[29]. Esta tendencia puso sobre la mesa de discusión el tema de la contaminación del medioambiente marino, lo cual, bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (IMO), impulsó la firma de la denominada *Olipol Convention* o Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, primera convención global adoptada en el tema, estableciendo reglas de obligaciones civiles por los perjuicios causados por la contaminación por hidrocarburos y creando un fondo para compensar los daños ocasionados por este tipo de contaminación[30].

Este instrumento fue posteriormente complementado, de un lado, por la Convención Internacional de Responsabilidad Civil por Contaminación (CLC) de 1969 que obligó a los armadores de los buques tanques que transportaban hidrocarburos, de aquellos países que ratificaron o se adhirieron al Convenio, a tomar un seguro que respaldara su responsabilidad de indemnización por los daños generados por un derrame de la carga[31]; y, de otro lado, por el Convenio internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Accidentes que causen una Contaminación por Hidrocarburos, el cual tenía como objeto permitir que los

27. Ver Sands, Philippe, óp. cit., supra nota 1, p. 32.
28. Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, Washington D.C., diciembre 2 de 1946, en vigor desde noviembre 10 de 1948. Como antecedentes de este tratado es preciso mencionar la firma de la Convención sobre la Caza de Ballenas, Ginebra, septiembre 24 de 1931 y el Convenio para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, Londres, junio 8 de 1937, y su Protocolo modificatorio firmado en Londres en junio 24 de 1938.
29. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 33. "*Después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional respondió a las amenazas específicas medioambientales causadas por el cambio tecnológico y la expansión de las actividades económicas. El naciente uso de superpetroleros para transportar hidrocarburos por el mar condujo a los primeros esfuerzos para combatir la polución marina durante la década de 1950*".
30. Convención internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Londres, mayo 12 de 1954.
31. Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969.

Estados tomaran en Alta Mar "*las medidas necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave o inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, resultantes de un accidente marítimo u otros actos relacionados con ese accidente, a los que sea razonablemente atribuibles consecuencias desastrosas de gran magnitud*"[32].

En este mismo sentido, se firmó el Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos (Convenio Fondos) en 1971, el cual complementó el Convenio CLC de 1969 y aumentó la posibilidad de compensación hasta US$83.000.000, incluyendo la cantidad de compensación que aportaba el Convenio CLC 1969[33]. Estas convenciones fueron modificadas posteriormente por la Convención para la Prevención de la Contaminación por Buques o *Marpol* en 1973, vigente hasta el día de hoy[34].

De igual manera, preocupada por la preservación de los recursos vivientes del mar y de la biodiversidad en general, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó, en 1954, la realización de la Conferencia sobre la Conservación de los Recursos Vivos del Mar, que condujo a la adopción de la Convención sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar en Ginebra, Suiza, en 1958, regulando el especial interés que tendrían los Estados ribereños en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en cualquier parte de la alta mar adyacente a su mar territorial y la posibilidad de adoptar medidas de conservación para los recursos de dicha zona en negociaciones con otros Estados, siempre que se cumplieran ciertas condiciones[35].

Otros tratados con un claro impacto ambiental fueron igualmente concluidos en estos años. El Tratado Antártico de 1959 prohibió cualquier actividad nuclear en ese territorio y comprometió a las partes a la realización de actividades pacíficas en esta región[36]. Dicho Tratado fue complementado posteriormente por la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas en 1978[37]; las Convenciones sobre Alta Mar[38] y Plataforma Continental[39] de 1958, que establecieron derechos y obligaciones de los Estados en estas zonas, previniendo la contaminación por hidrocarburos y el vertimiento de desechos radioactivos en alta mar; la Convención Africana sobre Conservación de la Naturaleza y

32. Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos de Accidentes que causen una Contaminación por Hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969, en vigor desde mayo 6 de 1975. Éste fue adicionado por el Protocolo Relativo a la Intervención en Alta Mar en Casos de Contaminación por Sustancias Distintas de los Hidrocarburos", firmado en Londres en noviembre 2 de 1973.
33. Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en caso de Accidentes que causen una Contaminación por Hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969.
34. Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, Londres, noviembre 2 de 1973.
35. Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de la Alta Mar, Ginebra, abril 29 de 1958.
36. Tratado Antártico, Washington D.C., diciembre 1 de 1959.
37. Convención para la Conservación de las Focas antárticas, Londres, junio 1º de 1972, en vigor desde marzo 11 de 1978.
38. Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, abril 29 de 1958.
39. Convención sobre la Plataforma Continental, Ginebra, abril 29 de 1958.

de los Recursos Naturales[40], adoptada con un concepto mucho más moderno, estableció reglas para la conservación y utilización del medio ambiente en su conjunto, integrando los recursos de agua, suelo, plantas y animales; el Tratado que prohíbe los ensayos de armas nucleares en la Atmósfera, en el espacio extra-atmosférico y bajo el agua, de 1963[41], restringió algunos usos militares de materiales radioactivos; y la denominada Convención de Ramsar de 1971[42], que constituyó un tratado intergubernamental para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y uso racional de los humedales y sus recursos.

En el plano jurisprudencial, por estos años se profirieron dos fallos arbitrales de especial importancia en materia ambiental. De un lado, el caso *Lac Lanoux* en 1957 entre Francia y España, que sentó los principios relacionados con las limitaciones al derecho de los Estados al uso de los ríos compartidos y puso en conocimiento el alcance y significado de la cooperación en el derecho internacional, así como las obligaciones procesales existentes vinculadas a los aspectos sustantivos de la conservación y la protección ambiental[43].

De igual forma, puede citarse el caso *Corfu Channel*, entre el Reino Unido y Albania ante la Corte Internacional de Justicia, en cuya decisión aclaró la Corte que ningún Estado puede utilizar su territorio en contravía de los derechos de los otros Estados[44].

No obstante, "*the substantive commitments adopted in these treaties, were not accompanied by the adoption of guiding principles of general application*"[45]. Esto generó que algunas de las disposiciones acordadas por los Estados quedaran inoperantes o carentes de reglas concretas que hicieran realizables los propósitos y fines plasmados de manera bilateral o multilateral. Además, ninguna organización internacional tuvo una responsabilidad completa en la coordinación de la política y el derecho internacional ambiental, ni un mandato claro y específico para la ejecución de estos objetivos[46].

Paralelo a esto, el crecimiento económico iba en aumento. Recursos naturales agotables, como el agua, aire, minerales, flora y fauna, eran usados de manera desmedida por las sociedades, causando un impacto negativo que tendía a acen-

40. Ver *supra* nota 13.
41. Tratado sobre la prohibición de pruebas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua, Moscú, agosto 5 de 1963.
42. Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, Ramsar, Irán, febrero 2 de 1971, en vigor desde diciembre 21 de 1975. Ver página web oficial sobre el tema y el tratado http://www.ramsar.org/indexsp.htm (consultada en junio 6 de 2008).
43. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317, citado por Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 464-465.
44. *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4.
45. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 34. "*Los compromisos sustantivos adoptados en estos tratados no estaban acompañados de la adopción de principios orientadores de aplicación general*".
46. *Ibid*., p. 34.

tuarse, con mayor medida, en los países en vía de desarrollo, quienes sufrían las consecuencias producidas por los avances en la ciencia y tecnología generadas en los países industrializados.

Por otro lado, en marzo de 1967 se presentó el desastre causado por el encallamiento del superpetrolero *Torrey Canyon* -primero en la historia- el cual tuvo lugar en Cornwall, Inglaterra, generando perjuicios irreparables al ambiente adyacente en las costas de Francia, Inglaterra y Belgica, y acentuando el nivel de deterioro del medio en general[47].

Poco después de conocido este hecho, la Asamblea General de las Naciones Unidas reaccionó y adoptó, por medio de la Resolución 2398 (XXIII) de 1968[48], la decisión de convocar a la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano en Estocolmo en 1972, luego de la advertencia que hizo Suecia sobre el continuo y acelerado deterioro de la calidad del ambiente humano, recomendando que la Asamblea General de la ONU considerara la conveniencia de convocar a una Conferencia global sobre el tema [49].

Parte IV. Tercera etapa. Desde Estocolmo hasta la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992

Teniendo en cuenta los mencionados hechos causantes de deterioro del ambiente, se celebró la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Con la participación de aproximadamente 6.000 personas, delegaciones de 113 Estados, 700 observadores de 400 organizaciones no gubernamentales, invitados individuales y 1.500 periodistas, esta Conferencia fue considerada el punto crucial en el desarrollo del derecho internacional ambiental contemporáneo y en la formación de las posiciones más modernas con respecto a la protección del medio ambiente.[50] Como observa Kiss, "*This level of participation reflected the high profile of environmental concerns at the time*"[51].

Sin embargo, con anterioridad a la celebración de la Conferencia, algunos países en vías de desarrollo manifestaron no compartir el punto de vista de que la degra-

47. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 34.
48. Resolución 2398 (XXIII) de diciembre 3 de 1968, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
49. Resolución 1346 (XLV) de 1968, adoptada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas.
50. Ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 2, p. 33.
51. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 34. "*Este nivel de participación reflejó el alto perfil de las preocupaciones medioambientales del momento*".

dación del medio ambiente era la mayor amenaza para el planeta, como sí lo eran, en su concepto, la pobreza y la miseria. Agrupados en el denominado "Grupo de los 77", número original de países que lo componían, las naciones más pobres plantearon que "*the worst pollution was caused by poverty*"[52], y que los países industrializados debían responder por haber sido quienes devastaron el medio ambiente y acabaron con gran parte de los recursos en su propio beneficio.

Este obstáculo ideológico produjo un cambio en la diplomacia internacional y se propuso que el asunto fuera resuelto por la vía del compromiso, planteando que el desarrollo económico no era necesariamente incompatible con la protección ambiental y que, por el contrario, debía provenir de ella y dotarla de herramientas para evitar cualquier perjuicio al medio ambiente[53].

La Conferencia finalizó con la adopción de tres documentos de carácter no vinculante: una resolución que contenía unos arreglos de orden institucional y financiero, una Declaración con 26 principios rectores y un Plan de Acción con 109 recomendaciones, adoptados el 16 de junio de 1972. En palabras de Kiss, "*these were the first comprehensive statements of international concern with environmental protection*"[54]. Igualmente, según Sohn, "*There were significant elements of innovation in (1) the redefinition of international issues, (2) the rationale for co-operation, (3) the approach to international responsibility, and (4) the conceptualization of international organisational relationships*"[55]. O como lo han planteado Guruswamy y Hendricks, la Conferencia es "*the cocoon of IEL*"[56].

1. Documentos de la Conferencia de Estocolmo

a. La Declaración de Estocolmo

La Declaración de Estocolmo comienza con un Preámbulo que enuncia los problemas y describe las bases científicas sobre las cuales giran los principios y disposiciones contenidas en su parte declarativa. Enuncia que los seres humanos son lo más valioso de todo cuanto existe en el mundo[57] y que tienen el derecho a gozar de un medio que les dé la oportunidad de desarrollarse moral, social y espiritualmente; hace un recuento de algunos de los perjuicios causados por el comportamiento humano al medio ambiente[58]; deja sentado que "*en los países en*

52. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, International Environmental Law in a Nutshell, West Publishing Co., Minnesota, 1997, p. 4. "*La peor contaminación es causada por la pobreza*".
53. *Ibid.*, p. 5.
54. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 35. "Estas fueron las primeras declaraciones comprensivas de la preocupación internacional sobre la protección medioambiental".
55. Sohn, Louis B., "The Stockholm Declaration on the Human Environment", en *Harvard International Law Journal*, 1973, (14), pp. 423-515. "*Fueron elementos significativos de innovación en (1) redefinición de los cuestiones medioambientales, (2) el fundamento para la cooperación, (3) un acercamiento a la responsabilidad internacional, y (4) la conceptualización de las relaciones entre organizaciones internacionales*".
56. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 52, p. 6. "*El capullo del derecho internacional ambiental*". Como justificaciones de esta afirmación, estos autores mencionan el hecho de que en esta Conferencia la biosfera o el planeta hayan sido identificados como un objeto y ubicados en la agenda de la política y el derecho internacional como no lo habían sido antes. Además, destacan la amplia participación de los países miembros de las Naciones Unidas (113 de los 131) y la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.
57. Ver Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972), Preámbulo, párrafo 5.
58. *Ibid.*, Preámbulo, párrafo 2.

desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales están motivados por el subdesarrollo", mientras que "*en los países industrializados, los problemas ambientales están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico*"[59] y que existe responsabilidad por las actividades perjudiciales al medio ambiente y el deber de cooperar a nivel internacional con el fin de resolver los problemas globales y ayudar a los países subdesarrollados[60].

Posteriormente, la Declaración enuncia los 26 principios adoptados, comenzando por el derecho a la igualdad y libertad de que gozan todos los seres humanos para llevar una vida digna y gozar de bienestar, la "o*bligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*"[61], y la condena de todas las formas de exclusión y segregación social o racial y dominación política.

Los Principios 2 a 7 forman la parte estrictamente ecológica de la Declaración, ya que hacen referencia a los recursos naturales que deben ser preservados en interés de las generaciones presentes y futuras, a saber: tierra, aire, agua, flora y fauna y las muestras más representativas de los ecosistemas naturales. También manifiesta especial interés en la protección de los recursos no renovables, evitando que con su empleo puedan agotarse para el futuro; la proscripción del vertimiento de sustancias tóxicas y liberación de calor en cantidades que causen daños irreparables a los ecosistemas; y la protección de los recursos marinos y la lucha contra la contaminación de los mares.

Los Principios 8 a 25 describen cómo será el proceso de implementación de la protección ambiental. Se destacan temas como la necesidad de la educación en temas ambientales, la planificación racional en el uso de los recursos naturales, la necesidad de la investigación sobre problemas del medio ambiente, la necesidad de la cooperación internacional y de aunar esfuerzos para la construcción de una normatividad internacional en materia ambiental y la condena del uso de armas nucleares y otros medios de destrucción masiva.

b. El Plan de Acción

Este documento comprendía 109 recomendaciones aceptadas por consenso y que constituían una agenda que identificaba seis áreas principales de enfoque:

59. *Ibid*., Preámbulo, párrafo 4.
60. *Ibid*., Preámbulo, párrafo 7.
61. Ibid., Principio 1.

- Planificación y administración de acuerdos humanos sobre calidad medioambiental;
- Aspectos medioambientales de la administración de recursos naturales;
- Identificación y control de contaminantes y molestias de amplia trascendencia internacional;
- Aspectos educativos, informativos, sociales y culturales de cuestiones medioambientales;
- Desarrollo y medio ambiente; e
- Implicaciones de las organizaciones internacionales en la proposición de mecanismos de acción[62].

c. Las recomendaciones

Finalmente, las recomendaciones contenían unos arreglos de orden institucional y financiero adoptados por la Conferencia, los cuales propusieron que la acción fuera tomada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el fin de establecer cuatro arreglos institucionales: un Consejo Intergubernamental de manejo para Programas Medioambientales, una Secretaría del Medioambiente encabezada por un Director Ejecutivo, un Fondo del Medio Ambiente para financiar los programas medioambientales, y un Consejo de Administración para asegurar la cooperación y la coordinación entre todos los cuerpos relacionados con la implementación de los programas medioambientales del sistema de Naciones Unidas[63].

Entre los grandes aportes de la Conferencia de Estocolmo se destaca, de un lado, el énfasis hecho en el estrecho vínculo existente entre medio ambiente y desarrollo, tema retomado posteriormente por la Conferencia de Río de Janeiro y que constituyó su eje temático principal, y entre medio ambiente y derechos humanos, de otro lado, lo cual dominó la evolución del derecho ambiental en la siguiente década.

Como lo plantea Sands, este período estuvo marcado por varias características particulares: la proliferación de organizaciones medioambientales internacionales y la existencia de grandes esfuerzos por constituir instituciones dirigidas a los problemas medioambientales; el desarrollo de nuevas fuentes de obligaciones

62. Caldwell, Lynton Keith, *International Environmental Policy: Emergence and Dimensions*, Duke University Press, Durham, NC, 1984, p. 71.
63. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 37.

internacionales en materia ambiental, desde las acciones de las organizaciones constituidas; nuevas normas medioambientales establecidas mediante tratados; el desarrollo de nuevas técnicas de implementación de estándares medioambientales; y la integración formal de medio ambiente y desarrollo, particularmente en relación con el comercio y la asistencia al desarrollo[64].

2. Otros desarrollos

a. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)

El otro gran resultado de la Conferencia de Estocolmo fue la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA o UNEP, por sus siglas en inglés) en 1972, que constituyó la primera organización internacional con un mandato exclusivamente medioambiental[65].

El PNUMA ha desempeñado un papel fundamental en el planteamiento, facilitación y negociación de un número considerable de tratados en materia ambiental, entre los cuales pueden citarse: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) en 1973[66], el Plan de Acción para el Mediterráneo (en materia de mares) en 1975, la Convención de Bonn sobre las especies migratorias en 1979[67] y la Convención de Viena relativa a la protección de la Capa de Ozono en 1985[68], entre otros[69].

Con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo, algunos principios de derecho consuetudinario emergieron para regular las relaciones entre Estados respecto del medio ambiente, principalmente con el contenido del principio 21 de la Declaración de Estocolmo, relativo al derecho soberano que tienen todos los Estados a explotar sus propios recursos naturales y la consecuente obligación de asegurar que tal explotación no perjudique a otros Estados o zonas por fuera de toda jurisdicción[70].

Algunos de estos principios fueron adoptados en el texto "Principios de Conducta en la Esfera del Medio Ambiente como Guía para los Estados en la Conservación y Utilización Armoniosa de los Recursos Naturales Compartidos por dos o más Estados", adoptado el 19 de mayo de 1978 y conocido como la Convención

64. *Ibid.*, p. 40.
65. Ver Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 52, p. 7.
66. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington D. C., marzo 3 de 1973, en vigor desde julio 1 de 1975.
67. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, Bonn, junio 23 de 1979, en vigor desde noviembre 1 de 1983.
68. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, marzo 22 de 1985, en vigor desde septiembre 22 de 1985.
69. Para una mayor ilustración sobre el PNUMA ver su página oficial http://www.unep.org/ (consultada en junio 9 de 2008).
70. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 36. Este principio es también el origen de numerosos tratados en materia ambiental firmados con posterioridad. Al respecto ver Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 52, pp. 7-8.

sobre la Conservación de Recursos Naturales Compartidos, texto que incluye, además, la obligación de los Estados de notificar a los demás sobre la realización de actividades planeadas que puedan afectar significativamente su medio ambiente, debiendo consultar con ellos y cooperar cuando se presenten situaciones no previstas que pudieran causar efectos lesivos sobre el medio ambiente[71].

El PNUMA no fue la única manifestación del aspecto organizativo en esta década. En el seno de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés) –órgano encargado de brindar soporte al desarrollo económico sostenible, fomentar el empleo, mantener la estabilidad financiera y contribuir al desarrollo del comercio mundial, entre otras funciones[72]- se produjo la creación de un Comité sobre Medio Ambiente como un órgano subsidiario de su Comité Ejecutivo.

La OECD involucró asuntos medioambientales por tres razones: primero, algunos problemas ambientales eran reconocidos como intrínsecamente internacionales; segundo, se consideraba que las diferencias de los estándares medioambientales entre los países miembros tenían implicaciones para el comercio y las relaciones económicas y políticas; y tercero, se consideraba que algunos países miembros podrían no estar suficientemente preparados para abordar ciertos problemas medioambientales[73].

A nivel regional, el Comité Medioambiental de la OECD impulsó la celebración de tratados multilaterales dedicados a la protección de todas las especies migratorias[74], la protección de hábitats[75], la prevención de la contaminación atmosférica transfronteriza[76], la regulación de las actividades comerciales de minería en la Antártica[77] y reglas de cooperación medioambiental y asistencia entre países desarrollados y en vías de desarrollo[78].

En noviembre de 1981, un grupo de expertos en derecho ambiental fue instalado en Montevideo, bajo los auspicios del PNUMA, con el fin de considerar la documentación, sintetizar el material concerniente a cuestiones legales ambientales de orden regional e internacional, y preparar un documento guía para la siguiente reunión del PNUMA, así como para plantear eventuales recomendaciones. De manera particular, su mandato se concretó en la implementación de un "Progra-

71. El documento contiene un borrador de 15 principios, resultado de los esfuerzos de un grupo de trabajo intergubernamental establecido por el Consejo de Gobierno del UNEP en 1976. Entre los demás principios pueden mencionarse la evaluación de estudios científicos, las acciones de emergencia, el uso de los servicios de las organizaciones internacionales y la igualdad de derechos de los nacionales y personas de otras jurisdicciones en el acceso a los procesos administrativos y judiciales por perjuicios causados al medio ambiente. Para observar el documento completo ver http://www.unep.org/Law/PDF/UNEPEnvironmental-Law-Guidelines-and-Principles.pdf (consultada en junio 9 de 2008).
72. Para una mayor ilustración sobre la OECD ver su página web oficial http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html (consultada en junio 9 de 2008).
73. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 103.
74. Ver *supra* nota 67.
75. Convenio relativo a la Conservación de la Vida silvestre y del Medio natural en Europa, Berna, septiembre 19 de 1979, en vigor desde junio 1° de 1982.
76. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979, en vigor desde marzo 16 de 1983. Este Convenio fue posteriormente complementado por el Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, Helsinki, marzo 17 de 1992, en vigor desde abril 19 de 2000.
77. Convención para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, Wellington, junio 2 de 1988, adoptado por las Partes Consultivas del Tratado Antártico, supra nota 36. Este instrumento sólo entrará en vigor después de la ratificación de 16 partes consultivas del Tratado Antártico que participaron en la sesión final del cuarto Tratado Especial Antártico.
78. Cuarta Convención ACP-CEE (África, el Caribe y el Pacífico-Comunidad Económica Europea), Lomé, diciembre 15 de 1989.

ma de Desarrollo y Examen Periódico del Derecho", el cual perseguía identificar las áreas temáticas principales, promover los lineamientos o principios, o la conclusión de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales relacionados con tales áreas temáticas, lograr los medios para promover y proveer asistencia técnica a los países en desarrollo en el campo del derecho ambiental, entre otros[79].

Como resultado de su trabajo, este grupo de oficiales gubernamentales desarrolló y adoptó el "Programa de Montevideo", aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA[80] en mayo de 1982, el cual influenció la ejecución de las actividades legales del PNUMA en el período de 1982 a 1992, concluyendo con el desarrollo de acuerdos globales y regionales, como el Programa de Mares Regionales[81], la Convención de Viena de 1985[82] y el Protocolo de Montreal en 1987[83].

El Programa de Montevideo se encontraba originalmente dividido en tres partes[84]: la primera, proponía unos lineamientos, principios o consensos que podrían ser desarrollados y dirigidos a tratar problemas como la contaminación marina desde las fuentes de base terrestre, la protección de la capa de ozono estratosférica y el transporte, manejo y disposición de desechos tóxicos peligrosos.

Posteriormente, una segunda parte proponía que se tomaran acciones dirigidas prioritariamente a tratar ocho áreas específicas:

- Cooperación internacional en emergencias medioambientales;
- Administración de la zona costera;
- Conservación del suelo;
- Contaminación atmosférica transfronteriza;
- Comercio internacional de sustancias químicas potencialmente perjudiciales;
- Protección de ríos y otras aguas interiores contra la contaminación;
- Medidas administrativas y legales para prevenir y compensar los daños de la contaminación; y
- Valoración de impacto medioambiental.

Y, finalmente, una tercera parte que planteaba un trabajo de carácter general para promover el desarrollo del derecho internacional, lo cual incluía la investigación,

79. Para obtener mayor información sobre los fines del Programa de Montevideo ver http://www.pnuma.org/deramb/montevideo.php (consultada en junio 9 de 2008).
80. Decisión 10/21 de mayo 31 de 1982, adoptada en la Décima Sesión del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
81. Este plan ha logrado integrar los componentes de manejo de la diversidad biológica con los componentes de los planes regionales de acción, como son los Protocolos de Mares Regionales relativos a las Áreas Especialmente Protegidas de Vida Silvestre, que han sido adoptados por las Partes de las cuatro Convenciones de Mares Regionales cubriendo las siguientes regiones: Mediterránea, Caribeña, Pacífico Sudeste y África del Este. http://www.pnuma.org/recnat/recnat.php (consultada en junio 9 de 2008).
82. Ver *supra* nota 68.
83. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, septiembre 16 de 1987.
84. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 45.

enseñanza y posterior difusión de aspectos teóricos y prácticos del derecho internacional ambiental.

b. Carta de la Naturaleza

El desarrollo del derecho internacional ambiental continuó igualmente en el seno de las Naciones Unidas. En 1982, la Asamblea General profirió la Carta Mundial de la Naturaleza, documento de carácter no vinculante, compuesto de una serie de principios generales sobre la protección y la conservación de la naturaleza (ecosistemas y organismos terrestres, marinos y atmosféricos), la viabilidad genética de la tierra, la población de todas las especies, la salvaguarda de todos los hábitats necesarios para tales fines y la protección contra cualquier acto de destrucción del medio ambiente, como guerras u otras acciones de hostilidad[85].

Este documento consagró, igualmente, una sección titulada "Funciones", referida a la planeación y realización de actividades que involucraran el aprovechamiento de recursos naturales; y una parte de "Aplicación", la cual contenía disposiciones para la adopción de la Carta por las legislaciones de los distintos países, la difusión de los conocimientos relativos a la naturaleza, el aseguramiento de los recursos financieros para alcanzar dichos fines, la posibilidad para cualquier persona de participar en la toma de decisiones concernientes a su medio ambiente y la soberanía de que gozara cada Estado sobre sus recursos naturales, debiendo aplicar las disposiciones de la Carta en cooperación con los demás Estados.

Aunque la Carta principalmente contiene disposiciones en beneficio del género humano, se caracterizó por ser "*an important symbolic expression of an intent among nations to achieve a more harmonious and sustainable relationship between humanity and the rest of the biosphere –between kind and earth*"[86], estableciendo provisiones que se ven reflejadas en la mayor parte de los tratados vigentes.

c. Estrategia Mundial para la Conservación

En 1980, como continuación de los esfuerzos internacionales para la protección del medio ambiente, se promovió la Estrategia Mundial para la Conservación,

85. Resolución 7/7 de octubre 28 de 1982, *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

86. Caldwell, Lynton Keith, óp. cit., *supra* nota 62, p. 92. "*Una expresión simbólica importante de un intento entre las naciones por conseguir una relación más armoniosa y sostenible entre la humanidad y el resto de la biósfera –entre el género humano y la tierra*".

preparada por la IUNC (Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza), el PNUMA, la WWF (Fondo Mundial de la Vida Silvestre), la UNESCO y la FAO. La Estrategia aportó el concepto de "desarrollo sostenible" y encabezó la preparación de estrategias nacionales y locales de conservación en numerosos países, enfatizando tres objetivos que destacaban la interdependencia entre conservación y desarrollo:

- Los procesos ecológicos esenciales y pulmones artificiales deben ser mantenidos;
- La diversidad genética debe ser preservada; y
- Cualquier uso de especies o ecosistemas debe ser sostenible.[87]

Así mismo, se identificaron seis dificultades fundamentales para el cumplimiento de estos objetivos:

- La falta de reconocimiento de que la conservación de todos los recursos vivos es un proceso transversal a todos los sectores;
- La falta de integración entre desarrollo y conservación;
- Un inadecuado proceso de desarrollo en la administración y planeación ambiental;
- La ausencia de capacidad para la conservación, debido a una legislación inadecuada y a la falta de reforzamiento;
- La falta de conciencia del beneficio de la conservación; y
- La incapacidad para proponer el desarrollo con criterios conservativos donde sea más requerido, incluyendo las áreas rurales y los países en vías de desarrollo.[88]

La Estrategia definía la conservación de la naturaleza como "*la gestión de la utilización de la biósfera por el ser humano, de tal suerte que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, pero que mantenga su potencialidad para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones futuras*"[89], y reconocía que "*para atender los problemas ambientales es necesario realizar un esfuerzo a largo plazo e integrar los objetivos de desarrollo y medio ambiente*"[90].

87. *Ibid.*, p. 322.
88. *Ibid.*, p. 322.
89. http://www.zamudio.bioetica.org/debate3.htm (consultada en junio 9 de 2008).
90. http://www.unep.org/Geo/geo3/spanish/049.htm (consultada en junio 9 de 2008).

d. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Como producto de la cooperación del PNUMA con los demás órganos del sistema de las Naciones Unidas, se adoptó en 1982 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), la cual estableció una estructura para la expedición de reglas globales sobre la protección del medio ambiente marino y los recursos biológicos del mar, incluyendo importantes disposiciones sobre valoración medioambiental, investigación científica marina, transferencia de tecnología, obligaciones y arreglo de diferencias sobre asuntos oceánicos[91], entre otros temas.

Según Warren Christopher, "la convención es el más sólido y completo tratado en materia ambiental ahora existente o a emerger probablemente de manera completa en algún momento"[92] o, incluso, una auténtica "*constitution for the oceans*"[93], ya que contiene 59 estipulaciones obligatorias sobre protección y conservación ambiental, preservación del medio ambiente marino e investigación científica marina; igualmente, incluye los conceptos de Mar Territorial, Zona Contigua, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental, Alta mar, Mares Cerrados y Semi-cerrados, Área, dentro del conjunto de 320 normas y 9 anexos que posee (sobre creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y aspectos procedimentales y sobre especies altamente migratorias para la protección).

Por no ser el objeto específico del presente libro, no se estudiará en profundidad cada uno de los aspectos regulados por esta Convención. Para efectos de este capítulo, es importante resaltar su importancia histórica y lo que significó como reflejo de la preocupación internacional por un tema particular del medio ambiente –mares y océanos- que constituyen aproximadamente el 70% de la masa total del planeta.

e. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Informe Brundtland

Un año después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la creación de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[94], coordinada por el Primer Ministro noruego Gro Harlem Brundtland, la cual publicó el denominado "Informe Brundtland" en 1987[95].

91. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982.
92. Warren Christopher era, para 1994, el Secretario de Estado de los Estados Unidos. Esta afirmación la sostuvo en una carta enviada a su presidente en el año de 1994 y que está contenida en la Revista *International Environmental Law* No. 77. Citado por Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 52, p. 8.
93. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 52, p. 8.
94. Resolución 38/161 de diciembre 19 de 1983, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
95. Resolución 42/187 de diciembre 11 de 1987, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Esta comisión fue establecida como un organismo independiente, ligada a los gobiernos y al sistema de las Naciones Unidas, pero por fuera de su control. Tenía como fin primordial formular una "Agenda Global para el Cambio", que incluía objetivos como: examinar las cuestiones críticas del medio ambiente y el desarrollo, y formular propuestas realistas para ocuparse de ellos; proponer nuevas formas de cooperación internacional sobre las cuestiones que podrían influenciar políticas y eventos en la dirección de un cambio necesario; y, aumentar los niveles de entendimiento y compromiso para la acción de individuos, organizaciones voluntarias, instituciones comerciales y gobiernos[96].

Entre los focos de atención, la Comisión se ocupó de la población, la seguridad alimentaria, la pérdida de especies y recursos genéticos, acuerdos sobre energía e industria, reconociendo que todos están conectados y ninguno puede ser tratado de manera aislada de los demás[97]. Al respecto, plantea el Informe Brundtland:

> "*Until recently, the planet was a large world in which human activities and their effects were neatly compartmentalized within nations, within sectors (energy, agriculture, trade) and within broad areas of concern (environmental, economic, social). These compartments have begun to dissolve. This applies in particular to the global crises that have seized public concern, particularly over the last decade. These are not separate crises: an environmental crises, a development crisis, an energy crisis. They are all one*"[98].

Además, el Informe Brundtland define el desarrollo sostenible como el "desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades"[99], y hace recomendaciones particulares respecto a algunos temas específicos[100], identificando seis áreas prioritarias para un cambio legal e institucional:

a. Los Gobiernos, las organizaciones regionales y los organismos y agencias internacionales están llamados a colaborar en la idea de un desarrollo económica y ecológicamente sostenible, integrando al medio ambiente entre sus objetivos y actividades;
b. Buscar la consolidación del PNUMA como principal fuente de información, reporte y evaluación medioambiental, así como de su rol de agente y defensor del cambio y la cooperación internacional;

96. Ver http://www.unep.org/dewa/Africa/publications/aeo-1/017.htm (consultada en junio 11 de 2008).
97. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 49.
98. Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 42/427 de agosto 4 de 1987. "*Hasta hace poco, el planeta era un mundo amplio en el cual las actividades humanas y sus efectos estaban compartimentados dentro de sus países, dentro de sectores (energía, agricultura, comercio) y dentro de extensas áreas de interés (medioambiental, económico, social). Estos compartimientos han comenzado a disolverse. Esto aplica en particular a las crisis globales que han conquistado el interés público, particularmente durante última década. Estas no son crisis separadas: las crisis medioambientales, las crisis de desarrollo, las crisis de energía. Ellas son una sola*".
99. *Ibid.*
100. Entre los temas se destacan el papel de la economía internacional; la administración de las áreas públicas globales; la relación entre seguridad, paz, desarrollo y el medio ambiente; y el cambio institucional y legal. Al respecto ver Sands, Philippe, óp. cit., supra nota 1, p. 49.

c. Hacer un llamado para la extensión de la capacidad de la comunidad internacional para identificar, evaluar y reportar los riesgos globales de los daños ambientales irreversibles, incluyendo un nuevo programa internacional para la cooperación entre organizaciones no gubernamentales, organismos científicos y grupos industriales;
d. Reconocimiento de la necesidad de ampliar los derechos, roles y participación de organizaciones no gubernamentales, la comunidad científica y la industria, en la planeación del desarrollo;
e. Es necesario que los gobiernos abran espacios relacionados con la protección del medio ambiente, con el fin de encontrar vías que reconozcan y protejan los derechos de las generaciones presentes y futuras, y sea adecuado para su salud y bienestar, así como preparar una declaración de protección medioambiental y desarrollo sostenible, y fortalecer los procedimientos para prevenir y resolver los conflictos sobre el medio ambiente y las cuestiones de administración de recursos; y
f. Es necesario invertir en el control de la contaminación y proporcionar asistencia financiera para el logro de este fin a través del Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otros bancos de desarrollo regional[101].

Con base en esto, se creó un grupo de expertos que presentó, en 1986, un documento titulado "Principios legales y recomendaciones sobre la Protección Medioambiental y el Desarrollo Sostenible", compuesto de veintidós artículos que comprendían las obligaciones básicas de los Estados adoptadas sobre la base de la negociación de tratados, instrumentos de *soft law* y algunas prácticas estatales. Agrupados en varias categorías, el texto incluía "principios generales, derechos y responsabilidades" y "principios, derechos y obligaciones sobre los recursos naturales transfronterizos y la interferencia medioambiental"[102].

f. Estrategia para cuidar la Tierra

En 1991, algunas organizaciones ambientales internacionales redefinieron el tema de la conservación y el desarrollo en dos direcciones: asegurar un compromiso para una vida sostenible y llevar a la práctica los principios planteados[103]. En este sentido, estas organizaciones produjeron el documento denominado "Cuidar la Tierra", que definió un conjunto de "Principios y Acciones Adicionales para una

101. *Ibid.*, pp. 49-50.
102. *Ibid.*, p. 50.
103. Caring for the Earth: A Strategy for Sustainable Living, adoptado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUNC), el Programa de la Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial para la Vida Silvestre (WWF), Gland, Suiza, 1991.

Vida Sostenible", los cuales consideraban el derecho nacional e internacional como herramientas importantes para lograr la sostenibilidad, estableciendo estándares de conducta social y planteando unas políticas permanentes. De manera específica se recomendó:

a. El establecimiento de un compromiso constitucional sobre los principios de una sociedad sostenible;
b. El establecimiento de un sistema comprehensivo para el derecho ambiental y estipulaciones para su implementación y refuerzo;
c. Una revisión de la idoneidad de los controles legales y administrativos, y la implementación de mecanismos de refuerzo;
d. La creación de información más accesible sobre el medio ambiente; y
e. El sometimiento de proyectos, programas y políticas a la evaluación de impacto ambiental[104].

También recomendó la aplicación del principio de precaución; el uso de una mejor tecnología; un sistema para la compensación de los daños causados por otros usuarios de los recursos del medio ambiente; la capacidad para concretar el restablecimiento de los sistemas afectados, y castigos cuando ello sea imposible; garantías a los grupos de ciudadanos para actuar en procesos administrativos y judiciales, contribuyendo al reforzamiento de la ley y a la proposición de soluciones por los daños al medio ambiente; medidas más estrictas para prevenir y remediar accidentes relacionados con sustancias peligrosas; y la creación de agencias responsables para la implementación de la legislación adoptada[105].

La estrategia buscaba, además, el desarrollo del derecho internacional mediante el reconocimiento de los acuerdos internacionales existentes, la conclusión de nuevos compromisos para conseguir la sostenibilidad global, y la preparación y adopción de una Declaración Universal y un Convenio sobre Sostenibilidad[106].

Parte V. Cuarta etapa. Desde Río de Janeiro hasta la actualidad

Con posterioridad a las contribuciones y planteamientos contenidos en el Informe Brundtland, se propuso la convocatoria a una Conferencia de las Naciones

104. *Ibid*., pp. 68-69.
105. *Ibid*., pp. 79-81.
106. *Ibid*., pp. 79-81.

Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo[107], la cual fue finalmente acogida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1989, conviniendo en que fuera celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en el mes de junio de 1992[108].

Según la Resolución, la Conferencia debía "*elaborar estrategias y medidas para detener e invertir los efectos de la degradación medioambiental en el contexto de la intensificación de esfuerzos nacionales e internacionales hechos para promover un desarrollo sostenible y ambientalmente racional en todos los países*"; además, afirmó que "*la protección y el mejoramiento del medio ambiente son cuestiones importantes que afectan al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico de todo el mundo*"; que "*la promoción del crecimiento económico en los países en desarrollo es esencial para abordar los problemas de la degradación ambiental*"; y finalmente, subrayó la "*importancia que tiene para la protección y el ordenamiento racional del medio ambiente la existencia de un clima económico internacional favorable que se traduzca en crecimiento sostenido y desarrollo en todos los países*"[109].

La Conferencia de Río, o Cumbre de la Tierra, se realizó entre el 3 y el 14 de junio de 1992 y contó con la participación de 180 Estados, 100 jefes de Estado, más de 50 organizaciones intergubernamentales y miles de corporaciones y organizaciones no gubernamentales.

Igual que su predecesora –la Conferencia de Estocolmo- la Conferencia de Río tuvo un cierto matiz antropocéntrico, evidenciado en el Principio 1 de su Declaración al afirmar que "*los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible*"[110].

No obstante, la Conferencia de 1992 centró su atención en el impacto que el desarrollo acelerado de las sociedades humanas estaba causando en el medio ambiente, incluyendo en su Declaración estipulaciones más específicas que las contenidas en la Declaración de Estocolmo, proporcionando un esquema más claro para el desarrollo del derecho internacional en el nivel nacional e internacional y sirviendo como punto de referencia para la toma de decisiones y el desarrollo de posteriores tratados y reglas de costumbre internacional[111].

La Conferencia adoptó tres documentos de carácter no vinculante: la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Declaración de Río), una De-

107. Resolución 43/196 de diciembre 20 de 1988, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
108. Resolución 44/228 de diciembre 22 de 1989, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
109. *Ibid*.
110. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 1.
111. Para ver otros puntos de vista sobre el carácter de los temas discutidos en la Conferencia de Río, ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., supra nota 2, pp. 38-39 y Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, pp. 56-57.

claración de Principios para un Consenso Global sobre Gestión, Conservación y Desarrollo Sostenible de todos los Tipos de Bosques (*UNCED Forest Principles*) y la denominada Agenda 21. Además, se acogieron dos instrumentos vinculantes adoptados recientemente: el Convenio sobre Diversidad Biológica[112] y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático[113].

1. Desarrollos de la Conferencia de Río

a. Declaración de Río

Representando un compromiso entre países desarrollados y en vías de desarrollo, y realizando un balance entre los objetivos de la protección del medio ambiente y el desarrollo económico[114], la Declaración es un documento compuesto de 27 principios que sirven de base a la definición, implementación y futuro desarrollo de normas concernientes al concepto de "desarrollo sostenible".

El Principio 1 establece un vínculo directo entre el ser humano y las cuestiones del desarrollo y el medio ambiente, declarando, como se señaló, que el ser humano constituye el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible[115].

El Principio 2 retoma el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo con relación al derecho soberano que tienen los Estados de aprovechar sus recursos naturales, según sus propias políticas ambientales y "de desarrollo", fragmento que no estaba incluido en la Declaración de 1972. Este sutil cambio amplió el espectro de la responsabilidad, obligando a los Estados a responder por los daños causados en aplicación de sus políticas nacionales de desarrollo.

Los Principios 3 y 4 son la parte más importante de la Declaración. El primero de ellos establece que el derecho al desarrollo debe ejercerse de tal forma que responda a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones del presente y del futuro[116], lo cual representa un triunfo del "Grupo de los 77" (los países en vías de desarrollo), incluyendo por primera vez el "derecho al desarrollo" en un instrumento internacional adoptado por consenso de la comunidad internacional[117].

112. Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, junio 5 de 1992, en vigor desde diciembre 29 de 1993.
113. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992, en vigor desde marzo 21 de 1994.
114. Porras, Ileana M., "The Rio Declaration: A new basis for International Co-operation", en *Review of European Community and International Environmental Law*, 1992, (3), pp. 245-253.
115. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, supra nota 110, Principio 1.
116. *Ibid.*, Principio 3.
117. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 55.

El Principio 4 ubica la protección del medio ambiente como un elemento que debe ser inseparable del proceso de desarrollo, al plantear que aquélla "*no podrá considerarse en forma aislada*" de éste[118]. Sobre esta disposición sostiene Sands que "*in practical terms, Principle 4 can be read as permitting, or requiring, the attachment of environmental conditionalities to all development lending by states and multilateral development Banks, and the integration of environmental considerations into all economic and other development*"[119].

El Principio 5 hace un llamado a todos los Estados a "*erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible*"[120]. Este Principio, en palabras de Fitzmaurice, "*has introduced the concept of "intra-generational equity" which is concerned with economic inequity within the present generation, thus it is a workable principle which primarily recognizes the special needs of developing States. Thus the implementation of this principle covers a great variety of problems such as financial assistance and capacity building for developing countries*"[121].

El Principio 7 contiene el concepto de "responsabilidad común pero diferenciada", al establecer que "*En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas*"[122], culminando así los esfuerzos emprendidos, décadas atrás, para establecer grados diferentes de responsabilidad de acuerdo al nivel de destrucción causada al medio ambiente.

Este concepto fue el más controversial de todos los contenidos en la Declaración. De un lado, los países desarrollados se oponían a la inclusión del Principio, aduciendo que era esencialmente una repetición del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo (referido al derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos, asegurando que no se perjudique al medio ambiente propio y al de los demás Estados) y que estaba contenido expresamente en el Preámbulo de la Declaración de Río. Además, Estados Unidos rechazó una interpretación que implicara "*a recognition or acceptance by the United States of any international obligations or liabilities, or any diminutions in the responsibilities of developing countries*"[123].

De otro lado, el denominado Grupo de los 77 (países en vías de desarrollo), insistió en la inclusión del Principio, y propuso que "*developed country rhetoric was*

118. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 110, Principio 4.
119. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 55. "*En términos prácticos, el Principio 4 puede leerse como permitiendo o requiriendo la inclusión de las condicionalidades del medio ambiente en todo el desarrollo previsto por los Estados y la banca multilateral de desarrollo y la integración de las consideraciones medioambientales dentro del desarrollo económico y de otro tipo*".
120. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, supra nota 110, Principio 5.
121. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 2, p. 41. "*Ha introducido el concepto de equidad intra-generacional, lo cual es una preocupación por la inequidad económica al interior de la generación presente, de tal manera que es un principio realizable que reconoce, en primera medida, las necesidades especiales de los países en vías de desarrollo. De este modo, la implementación del principio cubre una gran variedad de problemas, como la asistencia financiera y la capacidad de fortalecimiento para los países en vías de desarrollo*".
122. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 110, Principio 7.
123. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 56. "El reconocimiento de obligaciones o responsabilidades por los Estados Unidos y disminuciones en las responsabilidades de los países en vías de desarrollo".

shifting dangerously in the direction of globalizing certain selected environmental issues, such as tropical forests"[124].

El resto de la Declaración contiene normas ya acordadas de cierta manera en la Declaración de Estocolmo. El Principio 10 reafirma la necesidad de la participación de todos los ciudadanos en la toma de decisiones sobre cuestiones medioambientales; los Principios 11 y 13 subrayan la importancia de desarrollar una legislación ambiental efectiva, que no genere un impacto negativo e injustificado para otros países, principalmente los países en vías de desarrollo, y unas reglas relativas a la responsabilidad y la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales; el 15 contiene el principio de precaución; los Principios 18 y 19 establecen la obligación de los Estados de notificar cualquier información sobre actividades que puedan tener efectos ambientales adversos a los Estados; los Principios 20, 21 y 22 resaltan la necesidad de dar participación a las mujeres, jóvenes e indígenas en el desarrollo sostenible; los Principios 24 y 25 se pronuncian en contra de la guerra y a favor de la paz en la consecución del desarrollo sostenible; y los Principios 26 y 27 consagran la necesidad de resolver las controversias medioambientales por los medios correspondientes al sistema de las Naciones Unidas, y la conveniencia de la cooperación y la solidaridad internacional en la aplicación de los Principios acordados.

b. Agenda 21

La Agenda 21 fue el Plan de Acción de la Conferencia de Río. Está compuesta de cuatro secciones, que contienen 40 capítulos y cientos de áreas y programas para trabajar, especificando objetivos, bases para la acción, actividades y el monto de cada uno estimado por la Secretaría de la Conferencia[125].

Así, la Agenda se inicia con una sección denominada "Dimensiones sociales y económicas", encabezada por un Preámbulo comprendido en el Capítulo 1 y seguido por siete capítulos referentes a la cooperación internacional para acelerar el desarrollo sostenible de los países en desarrollo[126], lucha contra la pobreza[127], modalidades de consumo[128], demografía y sostenibilidad[129], salud humana[130], desarrollo sostenible de los asentamientos humanos[131], e integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones[132].

124. Porras, Ileana M., Op. Cit, supra nota 114, p. 251. "*La retórica de los países desarrollados era peligrosamente cambiante en la dirección de ciertas cuestiones medioambientales globales seleccionadas, como los bosques tropicales*".
125. A título demostrativo, el costo aproximado anual de las actividades de la Agenda 21 estaba calculado en US$600 billones para el período de 1993 y 2000. Ver Agenda 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Anexo 2 (1992), disponible en http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21sptoc.htm (consultada en junio 11 de 2008).
126. *Ibid*., capítulo 2.
127. *Ibid*., capítulo 3.
128. *Ibid*., capítulo 4.
129. *Ibid*., capítulo 5.
130. *Ibid*., capítulo 6.
131. *Ibid*., capítulo 7.
132. *Ibid*., capítulo 8.

La sección II, referente a la "Conservación y gestión de recursos para el desarrollo", incluye temas como la protección de la atmósfera[133], planificación y ordenación de los recursos de tierras[134], deforestación[135], desertificación y la sequía en ecosistemas frágiles[136], zonas de montaña[137], agricultura y desarrollo rural sostenible[138], preservación de la diversidad biológica[139], gestión racional de la biotecnología[140], protección de los recursos hídricos, protección, utilización racional y desarrollo de los recursos vivos[141], y manejo de los desechos tóxicos, peligrosos, sólidos y radioactivos[142].

La sección III contempla un "Fortalecimiento del papel de los grupos principales", estableciendo medidas en favor de la mujer, la infancia y la juventud, las poblaciones indígenas y sus comunidades, las organizaciones no gubernamentales en el desarrollo sostenible[143] y el fortalecimiento de las autoridades locales, los sindicatos de trabajadores, el comercio y la industria, la comunidad científica y tecnológica, y los agricultores[144].

Finalmente, la sección IV establece unos "Medios de ejecución", determinando reglas específicas sobre recursos y medios de financiación[145], transferencia de tecnología ecológicamente racional, cooperación y aumento de la capacidad[146], papel de la ciencia en el desarrollo sostenible[147], educación, capacitación y toma de conciencia[148], mecanismos nacionales y cooperación internacional en favor de los países en desarrollo[149], arreglos institucionales internacionales[150], instrumentos y mecanismos jurídicos internacionales[151] e información para la toma de decisiones[152].

La Agenda 21 propuso la creación de una Comisión de Desarrollo Sostenible y la implementación de nuevos mecanismos de coordinación entre las Naciones Unidas y otros organismos, con el fin de mejorar la capacidad de toma de decisiones intergubernamentales para la integración de los problemas del medio ambiente y el desarrollo, y asegurar la ejecución de la Agenda 21; adoptar programas concretos para fortalecer la cooperación y coordinación; atender los problemas existentes; y establecer una cooperación y un intercambio de información eficaces entre los órganos, organizaciones y programas de las Naciones Unidas y los organismos financieros multilaterales, dentro de los arreglos institucionales necesarios para el seguimiento de la ejecución de la Agenda 21[153].

133. *Ibid.*, capítulo 9.
134. *Ibid.*, capítulo 10.
135. *Ibid.*, capítulo 11.
136. *Ibid.*, capítulo 12.
137. *Ibid.*, capítulo 13.
138. *Ibid.*, capítulo 14.
139. *Ibid.*, capítulo 15.
140. *Ibid.*, capítulo 16.
141. *Ibid.*, capítulos 17 y 18.
142. *Ibid.*, capítulos 20 a 22.
143. *Ibid.*, capítulos 24 a 27.
144. *Ibid.*, capítulos 25 a 32.
145. *Ibid.*, capítulo 33.
146. *Ibid.*, capítulo 34.
147. *Ibid.*, capítulo 35.
148. *Ibid.*, capítulo 36.
149. *Ibid.*, capítulo 37.
150. *Ibid.*, capítulo 38.
151. *Ibid.*, capítulo 39.
152. *Ibid.*, capítulo 40.
153. *Ibid.*, capítulo 38. 8.

La Agenda 21 identificó, además, algunas limitaciones para la realización de los programas en el marco de las leyes de cada Estado, como la tendencia a seguir separando los factores económicos y sociales de los relacionados con el medio ambiente, a nivel de políticas, planificación y gestión pública[154]. Igualmente, propuso la Convención sobre Desertificación y Sequía, finalmente adoptada en 1994[155], y dos conferencias intergubernamentales, una sobre recursos marinos y otra sobre desarrollo sostenible en los pequeños Estados insulares.

Sands considera que la contribución de la Agenda 21 al derecho internacional puede ser considerada en tres niveles: "*First, as a consensus document negotiated by the international community over a period of two years, it provides the only agreed global framework for the development and application of international legal instruments, and the activities of international organizations. Secondly, limited parts of Agenda 21 might be considered to reflect rules of "instant" customary law. Thirdly, it reflected a consensus on principles, practices and rules that might contribute to the development of new rules of conventional and customary law*"[156].

La implementación de la Agenda 21 es responsabilidad de los gobiernos, con reglas puntuales sobre el papel del sistema de las Naciones Unidas, "*aunque, en muchos casos, será conveniente la colaboración con las organizaciones nacionales, regionales e internacionales, incluidos en particular el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el PNUD y el Banco Mundial.*"[157]

c. Declaración de principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques (*UNCED Forest Principles*)

Este documento, igualmente carente de fuerza jurídica, representó el primer consenso sobre los bosques en la historia del derecho internacional ambiental. Comienza con un Preámbulo que establece, entre otros aspectos, que "*la cuestión de los bosques guarda relación con toda la gama de problemas y oportunidades en el contexto del medio ambiente y el desarrollo*", que "*los bosques son indispensables para el desarrollo económico y el mantenimiento de todas las formas de vida*", y que los principios serán aplicados a los bosques de todo tipo, naturales y artificiales, y de todas las zonas climáticas, incluidas la austral, boreal, templada, subtemplada, tropical y subtropical[158].

154. *Ibid.*, capítulo 8. 2.
155. Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, París, junio 17 de 1994, en vigor desde diciembre 26 de 1996.
156. Sands, Philippe, óp. cit., supra nota 1, p. 58. "Primero, como un documento negociado que generó un consenso de la comunidad internacional durante un período de dos años, proporcionó el único marco de trabajo global acordado para el desarrollo y aplicación de instrumentos legales internacionales y para las actividades de las organizaciones internacionales. Segundo, puede considerarse que algunos de las aportes de la Agenda 21 contienen reglas de costumbre internacional "instantáneas". Tercero, reflejó un consenso sobre los principios, prácticas y reglas que pueden llegar a contribuir al desarrollo de nuevas reglas convencionales y de costumbre internacional".
157. Ver Agenda 21, supra nota 125, capítulo 8.2.
158. Declaración de principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. III), Anexo 3 (1992), disponible en http://www.marn.gob.sv/CD1/Gestion/Global/BOSQUECN.HTM (consultada en junio 11 de 2008).

También consagra un conjunto de directrices agrupadas en 15 principios que regulan principalmente: el derecho soberano de todos los Estados de aprovechar sus propios recursos –para el caso concreto, los bosques- conforme con el concepto de desarrollo sostenible, promoviendo la participación de todos los interesados en la planificación y ejecución de la política forestal del país y sin que tales actividades perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional[159]; la necesidad de contar con un marco jurídico nacional e internacional sobre la base de la cooperación internacional, apoyado en las instituciones y mecanismos existentes[160]; la importancia de emprender una labor de "reverdecimiento de la Tierra" y de contemplar la protección de ejemplos representativos o singulares ecológicamente viables de bosques[161]; la directiva de facilitar a los países en vías de desarrollo, recursos financieros y acceso a tecnologías ecológicamente racionales y a los correspondientes conocimientos especializados para desarrollar, en forma sostenible, sus recursos forestales[162]; y el deseo de controlar los contaminantes perjudiciales para el bienestar de los ecosistemas forestales en los planos local, nacional, regional y mundial[163].

2. Convenio sobre la Diversidad Biológica

Este instrumento[164] es la conclusión de un largo proceso de trabajo y negociación iniciado décadas atrás, y fundado en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) de 1973[165]. Sin embargo, el Convenio de 1992 va mucho más allá al establecer objetivos para una conservación comprehensiva de la diversidad biológica, reflejando los postulados de la Estrategia Mundial para la Conservación de 1980.

En 1984 la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (IUNC) preparó un conjunto de principios para la conservación de los recursos genéticos silvestres; en 1987, la IUNC sometió un borrador de principios sobre la proposición de una Convención a un Grupo de Trabajo de Expertos *ad hoc* sobre Diversidad Biológica del PNUMA y, en 1988, la IUNC apoyó la propuesta de convocar a una convención sobre diversidad biológica.

En una primera etapa, este borrador de principios de la IUNC tuvo como preocupación exclusiva la conservación y los mecanismos de financiación. Pero el

159. *Ibid*., Principios 1 y 2.
160. *Ibid*., Principio 3.
161. *Ibid*., Principio 8.
162. *Ibid*., Principios 10 y 11.
163. *Ibid*., Principio 15.
164. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 112.
165. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, supra nota 66.

Consejo de Administración del PNUMA siguió adelante con la idea de la Convención, estableciendo un Grupo de Trabajo de Expertos Legales y Técnicos que encabezó una ampliación del espectro de la Convención. Este grupo de trabajo fue renombrado Comité Intergubernamental de Negociación y, luego de reunirse en siete ocasiones entre 1991 y 1992, presentó la propuesta del Convenio sobre Diversidad Biológica que hoy se conoce.

Este tratado tiene como mandato fundamental la conservación de la diversidad biológica de la Tierra, su uso sostenible y el de sus componentes, y una justa y equitativa participación en sus beneficios para los países desarrollados y no desarrollados. Afirma la aplicabilidad del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo en su contexto y contiene estipulaciones sobre la responsabilidad de los Estados por las actividades adelantadas dentro y fuera de su jurisdicción.

El Convenio también impone ciertas obligaciones como las medidas de conservación *in situ* y *ex situ*. Las primeras hacen referencia al compromiso de crear un sistema de áreas protegidas para conservar la diversidad biológica, así como la obligación de elaborar directrices para su establecimiento, administración de sus recursos biológicos, promoción de un desarrollo adecuado en las zonas adyacentes a dichas áreas y rehabilitación de los sistemas degradados, impulsando la recuperación de las especies amenazadas[166]. Las segundas se refieren a la obligación de adoptar medidas para la conservación de las especies por fuera de los hábitats naturales, gestionar la recolección de recursos biológicos para su conservación *ex situ* y cooperar en el suministro de apoyo financiero para el cumplimiento de estos objetivos[167].

La Convención también contiene normas que vinculan a los Estados a integrar el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de toma de decisiones[168], a adoptar medidas económicas que actúen como incentivos para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica[169], a establecer programas de capacitación científica en tales campos, y a educar y sensibilizar al público en lo concerniente a la conservación de la biodiversidad[170].

El Convenio reconoce, igualmente, el derecho soberano de los Estados a acceder a los recursos naturales y genéticos propios y de otras Partes Contratantes,

166. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 112, artículo 8.
167. *Ibid.*, artículo 9.
168. *Ibid.*, artículo 10.
169. *Ibid.*, artículo 11.
170. *Ibid.*, artículos 12 y 13.

siempre que cuente con su consentimiento previo, fomentando así una visión de participación mutua y equitativa en el aprovechamiento de las actividades investigativas y comerciales de tales recursos[171].

De la misma manera, reconoce el derecho a acceder a la tecnología y a su transferencia, principalmente a los países en vías de desarrollo, evitando que la existencia de patentes y otros derechos de propiedad intelectual se opongan a los fines del Convenio[172]; establece obligaciones para los países desarrollados, conducentes a proporcionar los recursos financieros nuevos y adicionales para que los países en vías de desarrollo puedan sufragar los costos de las actividades a que se comprometen en virtud del Convenio[173].

Por último, el Convenio consagra la convocatoria a una Conferencia de las Partes, por el Director Ejecutivo del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, un año después de entrar en vigor el Convenio y la realización de otras Conferencias con posterioridad[174]; el establecimiento de una Secretaría con funciones ejecutivas[175]; la creación de un órgano de asesoramiento científico, técnico y tecnológico para apoyar la labor de la Conferencia y proporcionar evaluaciones científicas y técnicas del estado de la diversidad biológica[176]; y medidas referentes a la solución de controversias originadas de su aplicación, comenzando por la negociación, los buenos oficios, la mediación de una tercera parte, el arbitraje, la presentación de la controversia a la Corte Internacional de Justicia y la conciliación[177]. Finalmente, el Convenio establece que no admite reserva alguna[178].

3. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático

La proposición de negociar un tratado concerniente al cambio climático tuvo su origen en la Asamblea General de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas. En 1988 y 1989, la Asamblea General determinó que "el cambio climático es una preocupación común de la humanidad" y llamó a los gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a aunar esfuerzos para preparar, con carácter urgente, un esquema de Convención sobre cambio climático[179].

En diciembre de 1990, la Asamblea General estableció un Comité Intergubernamental Negociador con el fin de que, bajo sus auspicios, preparara un borrador

171. *Ibid.*, artículo 15.
172. *Ibid.*, artículo 16.
173. *Ibid.*, artículos 20 y 21.
174. *Ibid.*, artículo 23.
175. *Ibid.*, artículo 24.
176. *Ibid.*, artículo 25.
177. *Ibid.*, artículo 27.
178. *Ibid.*, artículo 37.
179. Resoluciones 43/53 de diciembre 6 de 1988 y 44/207 de diciembre 22 de 1989, adoptadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

de Convención sobre el cambio climático, adoptando la Convención definitiva al cabo de cinco sesiones, en mayo de 1992[180].

La Convención reconoce la preocupación global por las actividades humanas que han generado una concentración acelerada e inadecuada de gases de efecto invernadero en la atmósfera, lo cual ha traído consigo un aumento de la temperatura en la superficie de la Tierra y un deterioro de sus ecosistemas. Por esta razón, el objetivo principal de la Convención consiste en lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que impida interferencias peligrosas en el sistema climático, lo cual debe lograrse en un término que permita que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático[181].

La Convención define unos principios que deben seguir las partes para hacer efectivos sus propósitos, entre los cuales se encuentran: la responsabilidad común pero diferenciada, las necesidades específicas y circunstancias especiales de los países en vías de desarrollo, el principio de precaución, el derecho al desarrollo sostenible y el deber de promoverlo, y la promoción de un sistema internacional abierto[182].

Los países que son Parte de la Convención adquieren, igualmente, una serie de compromisos tales como el deber de elaborar, actualizar periódicamente, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes, máximo órgano de la Convención, inventarios nacionales de las emisiones y absorción de gases de efecto invernadero en su territorio y la obligación de formular programas nacionales y regionales para mejorar la información científica y técnica sobre las emisiones nacionales de gases de efecto invernadero a ser incluidas en los inventarios nacionales; a cooperar en el desarrollo, aplicar y difundir tecnologías ambientalmente racionales, relacionadas con el cambio climático, así como a trabajar conjuntamente en la elaboración y ejecución de programas de educación y capacitación en materia de cambio climático[183].

La Convención estableció también que los países desarrollados que son Parte y aquellos con economías en transición, deben limitar sus emisiones de gases de efecto invernadero para regresar a los niveles de emisiones de 1990, para el

180. Resolución 45/221 de diciembre 21 de 1990, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
181. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 113, Preámbulo.
182. *Ibid.*, artículo 3.
183. Según Sands, el alcance de estos compromisos no es claro debido al complejo lenguaje acordado por la vía del compromiso entre varios miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos —OECD— y los diferentes intereses de los países desarrollados y en vías de desarrollo. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 364.

año 2000. Así mismo, los países desarrollados que son Parte de la Convención deberán brindar asistencia a los países Parte en vías de desarrollo, por medio de recursos financieros nuevos y adicionales, transferencia de tecnología, etc., con el fin de que los últimos puedan llevar a cabo los compromisos adquiridos en virtud de la Convención[184].

Al igual que el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre Cambio Climático cuenta con un Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico que proporciona a la Conferencia de las Partes la información sobre los aspectos científicos de la Convención[185] y un Órgano Subsidiario de Ejecución, con el objeto de asistir a la Conferencia de las Partes en la evaluación del cumplimento de la Convención[186]. Este instrumento tampoco admite reserva alguna[187].

Protocolo de Kyoto

El Protocolo[188] fue adoptado en la tercera conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, en diciembre de 1997, luego de las negociaciones iniciadas en la primera conferencia celebrada en Berlín en 1995. Este proceso no pretendía introducir nuevos compromisos para las partes sino reafirmar los existentes consagrados en el artículo 4.1 de la Convención Marco y continuar con su implementación[189].

En la segunda conferencia de las partes, llevada a cabo en Ginebra, se había adoptado una Declaración Ministerial exhortando a los Ministros a acelerar las negociaciones de un Protocolo legalmente vinculante, u otro instrumento legal, aclarando el espectro planteado en el Mandato de Berlín.

Las negociaciones del Protocolo no fueron pacíficas. En la discusión para su adopción emergieron numerosas diferencias entre los países en relación con el orden de las cuestiones claves, como las proyecciones en la reducción de emisiones, los drenajes, la compraventa de las emisiones, la implementación conjunta y su relación con los países en vías de desarrollo[190].

En julio de 2001 se suscribieron los "Acuerdos de Bonn"[191], que reflejaron un gran avance en muchas de las cuestiones críticas de la negociación y dieron una

184. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 113, artículo 4 (3) (5).
185. *Ibid.*, artículo 9.
186. *Ibid.*, artículo 10.
187. *Ibid.*, artículo 24. La Convención también contiene normas sobre solución de controversias, similares a las contenidas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica. La diferencia radica en que las normas procedimentales de aquélla se encuentran en el texto de la Convención, mientras que las del Convenio de la Diversidad Biológica se encuentran en el Anexo II que acompaña al instrumento.
188. Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997, en vigor desde febrero 16 de 2005.
189. Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997, par. 2.
190. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 370.
191. Acuerdos de Bonn sobre la Implementación del Plan de Acción de Buenos Aires, Decisión 5/CP.6, Informe de la Segunda Parte de la Sexta Sesión de la Conferencia de las Partes, Bonn, julio 16 a 24 de 2001.

señal clara de la intención de la comunidad mundial de continuar con el Protocolo de Kyoto. Estos textos cobraron fuerza legal en noviembre del mismo año con los Acuerdos de Marrakech[192], que allanaron la vía para la entrada en vigencia del Protocolo de Kyoto.

El Protocolo reafirma el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, mencionando que todas las Partes tienen el deber de actuar de forma tal que se dé cumplimiento a los compromisos consagrados en el artículo 4.1 de la Convención, mencionado atrás, sin ser explícito en la inclusión de otros diferentes.

Particularmente, el Protocolo establece obligaciones consistentes en la limitación y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (expresadas en términos de carbono equivalente) enlistados en el Anexo A del Protocolo, de acuerdo con los objetivos cuantitativos definidos en el Anexo B y diferenciados para cada país. Estas metas representan una reducción aproximada del 5% de las emisiones de todos los países para el primer período de cumplimiento del Protocolo, entre 2008 y 2012, respecto de las emisiones de cada país en 1990 para CO2, CH4 y N2O, y en 1995 para los demás gases. Los países con economías en transición pueden elegir un año base diferente a 1990.

El Protocolo establece tres mecanismos para flexibilizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los países:

a. El comercio de emisiones entre los países, Anexo I, a través del cual se permite el cumplimiento conjunto de las obligaciones entre dos o más Partes o entre organizaciones regionales de integración económica;
b. La implementación conjunta de proyectos de reducción de emisiones o captura de gases efecto invernadero; y
c. Un "mecanismo para un desarrollo limpio" con el fin de ayudar a las Partes no incluidas en el Anexo I a lograr un desarrollo sostenible y a contribuir con el objeto de la Convención y, por el otro, ayudar a los países del Anexo I a cumplir sus objetivos cuantificados de limitación y reducción de emisiones, a través del desarrollo de proyectos que resulten en reducciones certificadas de emisiones.

192. Acuerdos de Marrakech, Decisión 15/CP.7, Informe de la Séptima Sesión de la Conferencia de las Partes, Marrakech, octubre 29 a noviembre 10 de 2001.

El Protocolo también prevé la posibilidad de que la Conferencia de las Partes aplique procedimientos y mecanismos apropiados para determinar y abordar los casos de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Protocolo, teniendo en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento[193].

El Protocolo no cuenta con la aprobación de todos los países industrializados. Con posterioridad a su adopción, en 2001, el presidente de Estados Unidos, George Bush, manifestó no ratificar el Protocolo, no obstante ser su país el responsable de una cuarta parte de la emisión de gases de efecto invernadero en 1990[194].

El Protocolo entró finalmente en vigor el 16 de febrero de 2005, luego de su ratificación por parte de la Federación Rusa[195].

4. Desarrollos posteriores a Río de Janeiro

Con posterioridad a la Conferencia de Río fueron adoptados nuevos instrumentos. En 1995 se suscribió el Acuerdo sobre Poblaciones de Peces, en cumplimiento de lo ordenado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[196]; el Protocolo de Bioseguridad en el año 2000[197]; la Convención Conjunta sobre Seguridad en 1997[198]; el Convenio de Aarhus en 1998[199]; un Protocolo de responsabilidad al Convenio de Basilea de 1989, adoptado en 1999[200]; convenciones globales sobre químicos, pesticidas y contaminantes orgánicos persistentes[201]; y un Protocolo en 1992 que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil originada en la contaminación por hidrocarburos de 1969;[202] entre otros.

Igualmente, entre otros desarrollos, puede mencionarse el mantenimiento de la Comisión Ballenera Internacional, creada en 1946[203], y la existencia de la "*moratorium on commercial whaling*"[204]; la continuación de la prohibición del comercio de marfil de elefante en África; adiciones al Protocolo de Montreal de 1987 en materia de sustancias contaminantes a la atmósfera y procedimientos para sanciones a los infractores[205]; y la adopción del Quinto[206] y Sexto Programa de Acción Ambiental planteados por la Comisión Europea en 1992 y 2001, respectivamente[207].

193. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 113, artículo 18.
194. Decisión comunicada en Conferencia de Prensa llevada a cabo en la Casa Blanca en marzo 29 de 2001. Puede encontrarse una transcripción en http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/03/20010329.html (consultada en junio 13 de 2008).
195. Para su entrada en vigencia, el Protocolo estableció la exigencia de que transcurrieran noventa días después de la ratificación, aprobado o aceptado por ciento cincuenta y cinco países Partes de la Convención, incluyendo Estados cuyas emisiones representen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono. En la actualidad, el Protocolo cuenta con la ratificación de la gran mayoría de países industrializados, faltando sólo la de Estados Unidos. Los últimos Estados desarrollados en ratificarlo fueron: Mónaco, el 27 de febrero de 2006 y Australia, el 12 de diciembre de 2007.
196. Acuerdo sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, Nueva York, diciembre 4 de 1995 (fecha en que quedó abierto a la firma de los Estados). El Acuerdo había sido adoptado en agosto 4 de 1995 y entró en vigor en diciembre 11 de 2001.
197. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000, en vigor desde septiembre 11 de 2003.
198. Convención Conjunta de Seguridad del Combustible Gastado y Seguridad de la Gestión de los Desechos Radioactivos, Viena, septiembre 5 de 1997, en vigor desde junio 18 de 2001.
199. Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Aarhus, Dinamarca, junio 25 de 1998.
200. El Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación fue adoptado en Basilea, en marzo 22 de 1989; su Protocolo fue adoptado en la misma ciudad, en diciembre 10 de 1999, y aún no está en vigor.
201. Protocolo de la Comunidad Europea sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Aarhus, Dinamarca, junio 24 de 1998.
202. Protocolo al Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por Hidrocarburos de 1969, Londres, noviembre 27 de 1992, en vigor desde mayo 30 de 1996.
203. Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, supra nota 28.

En materia jurisprudencial, el período posterior a la Conferencia de Río tuvo avances significativos, generados por un gran incremento de los litigios sobre cuestiones medioambientales ante la Corte Internacional de Justicia[208], el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio[209], el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar[210] y la Corte Europea de Derechos Humanos[211].

a. Comisión de Desarrollo Sostenible

Mediante la Resolución 47/191 de Diciembre 22 de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la Comisión de Desarrollo Sostenible como una comisión funcional del Consejo Económico y Social (ECOSOC) con el fin de monitorear el progreso en la implementación de la Agenda 21 y las actividades relacionadas con la integración de las metas ambientales y de desarrollo en el sistema de las Naciones Unidas[212]. Esta Comisión está conformada por 53 miembros elegidos por el ECOSOC por un período de tres años, sobre la base de una representación geográfica equitativa, con la participación de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales acreditadas ante la Comisión, quienes pueden participar en sus períodos de sesiones en calidad de observadores[213].

Su mandato consiste en examinar la aplicación de los acuerdos alcanzados en la Cumbre de la Tierra, impartir orientación normativa a los gobiernos y a los principales grupos que realizan actividades relacionadas con el desarrollo sostenible, y fortalecer la Agenda 21 elaborando nuevas estrategias en caso de ser necesario[214].

A lo largo de su primera década de sesiones, la Comisión estudió temas como el agua, saneamiento y asentamientos humanos, energía para el desarrollo sostenible, el cambio climático, la contaminación atmosférica y el desarrollo industrial, la agricultura, la sequía y la desertificación; para los años que vienen, pretende abordar temas como el transporte, los productos químicos, la gestión de desechos y minería, los bosques, biodiversidad, biotecnología, turismo, océanos y mares y recursos marinos[215].

La Comisión también ha incluido la promoción de modalidades más sostenibles de consumo y producción, la evaluación de los efectos producidos en los países

204. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 65. "Moratoria sobre la caza comercial de ballenas".
205. Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptada en Londres en junio 29 de 1990.
206. El programa se denominó "Hacia un desarrollo sostenible" y planteaba como novedad el que los objetivos medioambientales afectan directamente el modelo de desarrollo social y económico, sostenido ese momento sólo por la Unión Europea y, como consecuencia, la proposición de un nuevo modelo orientado hacia el desarrollo sostenible. Ver http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28062.htm (consultada en junio 13 de 2008).
207. El programa, llamado "Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos" abordó temas como la contaminación atmosférica, la prevención de residuos, el reciclaje, el medio ambiente marino, el suelo, los plaguicidas, el uso de los recursos y el medio ambiente urbano, con el fin de hacer frente a las catástrofes ambientales como los vertidos de hidrocarburos o los incendios forestales. Ver http://ec.europa.eu/environment/index_es.htm (consultada en junio 13 de 2008).
208. Dos casos se relacionaron con el medio ambiente: el caso *Gabčíkovo*-Nagymaros entre Hungría y Eslovaquia, originado por el impacto ambiental que tenía sobre el río Danubio la construcción de una represa del proyecto *Gabčíkovo*-Nagymaros (*ver Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7*) y el caso de los Ensayos nucleares, el cual tuvo origen en los ensayos nucleares practicados por Francia en el Pacífico y en el cual la Corte Internacional de Justicia había proferido decisión en 1973; en 1995, la Corte decidió sobre una demanda de medidas cautelares presentada por Nueva Zelanda ante la proposición del Presidente de Francia, Jacques Chirac, de practicar en la zona nuevos ensayos nucleares (ver Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in Nuclear Tests (*Australia v. France*), *Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253); igualmente, el caso de la Legalidad del uso de armas nucleares (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226).
209. Caso del Salmón (*Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Panel, WT/DS18/R, 12 June 1998 y Report of the Appellate Body, WT/DS18/AB/R, 20 October 1998; Caso de la Gasolina Modificada *(United States –Standards for Reformulated and*

(Cont.)

en desarrollo por los comportamientos adoptados en los países industrializados, así como la transferencia de tecnología ecológicamente racional, como parte de la promoción de formas de producción industrial menos contaminantes.

Por último, debe resaltarse que la Comisión ha ampliado el espectro de la Agenda 21 en otras esferas, mediante su colaboración con la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) encaminada a promover la coherencia y el apoyo mutuo de las actividades en materia de comercio, medio ambiente y desarrollo sostenible.

La Comisión deberá recibir para su estudio y posterior proposición de soluciones, informes anuales de los gobiernos y aportes de las organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y organizaciones de empresarios[216].

b. Cumbre de la Tierra + 5: Nueva York, 1997

Este fue el nombre dado a la decimonovena sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York, del 23 al 28 de junio de 1997, con la participación de 53 jefes de Estado, 29 representaciones permanentes ante las Naciones Unidas, 17 presidentes de organismos internacionales y 12 representantes de grandes grupos.

Esperada por 160 países que habían adoptado el Programa para la Implementación Posterior a la Agenda 21, esta Cumbre se proponía especialmente evaluar el progreso obtenido en los cinco años posteriores a la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro y definir el futuro de la Agenda 21.

Las conclusiones de la Cumbre no fueron optimistas. El medio ambiente había presentado serios deterioros, debido principalmente al aumento de los niveles de emisión de gases de efecto invernadero, contaminación tóxica y desechos sólidos. Además, los recursos renovables, las poblaciones de peces y los bosques fueron explotados de manera no sostenible.

Conventional Gasoline, Report of the Panel, WT/DS2/R, 29 January 1996); y Caso del Camarón (*United States –Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998).

210. Southern Bluefin Tuna cases (New Zealand vs. Japan; Australia vs. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases Nos. 3 y 4, Provisional Measures, Year 1999, 27 August 1999; y Case concerning the conservation and sustainable exploitation of swordfish stocks in the south-eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community), *International Tribunal for the Law Of the Sea*, List of cases No. 7, Year 2000, 20 December 2000.
211. Caso Powell contra Reino Unido, (56) 5.4.2000, No. 45305/99, CEDH/ECHR 2000 –V.
212. Resolución 47/191 de diciembre 22 de 1992, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
213. *Ibid*.
214. Ver http://www.un.org/spanish/conferences/cumbre&5.htm (consultada en junio 13 de 2008).
215. *Ibid*.
216. *Ibid*.

Sin embargo, también se encontraron desarrollos positivos. Se había presentado una disminución en el nivel de crecimiento de la población mundial; la producción de alimentos había aumentado; y la mayoría de la gente tenía una mayor expectativa de vida con mejores condiciones de salud, aunque el nivel de pobreza se había incrementado y la brecha entre países ricos y pobres había aumentado[217].

Por estas razones los países acordaron al final de la Cumbre:

- Reconfirmar los compromisos políticos de desarrollo sostenible de todos los miembros de la comunidad internacional, así como de la mayoría de grupos de la sociedad civil;
- Reconfirmar los compromisos financieros y las prioridades en la asistencia oficial para el desarrollo, propuestos por los países industrializados en la Cumbre de Río;
- Establecer un Foro Intergubernamental, bajo la coordinación de la Comisión de Desarrollo Sostenible, con el fin de continuar la política de diálogo en relación con este tema;
- Realizar un diálogo intergubernamental de alto nivel sobre aguas limpias, energía y transporte, que sería asumido por la Comisión de Desarrollo Sostenible;
- Lograr un compromiso más amplio a nivel global en temas como el turismo, patrones variables de producción y consumo, y eco-eficiencia; y
- Fijar un mayor número de programas de trabajo para la Comisión de Desarrollo Sostenible hasta el año 2002, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas revisaría lo que se hubiera realizado[218].

El documento adoptado está dividido en cuatro partes: una Declaración de Compromisos, una Evaluación del progreso logrado desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, una Implementación y Áreas que requieren una Acción Posterior y unos Acuerdos Internacionales Institucionales.

Los Estados participantes en la Conferencia consideraron que el desarrollo sostenible sólo podría darse a través de la democracia, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluyendo el derecho al desarrollo y al gobierno transparente y responsable de todos los sectores de la sociedad[219].

217. Ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 2, p. 44.
218. *Ibid.*, p. 45.
219. *Ibid.*, pp. 45-46.

También se dejó claro que el desarrollo sostenible no puede ser logrado si no se erradica la pobreza, tema sobre el cual giró gran parte de la Cumbre[220].

Por último, se acordó un Programa para la implementación sucesiva de la Agenda 21, dependiente de las instituciones internacionales más fuertes, como el PNUMA, el cual desempeña un papel fundamental en la asistencia a varias convenciones sobre el medio ambiente y da soporte a la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, dotándola de información técnica y científica sobre cuestiones ambientales.

c. Cumbre del Milenio

Con posterioridad a la realización de grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas durante la década de 1990, y considerando el cambio de milenio como un momento único y simbólico, los dirigentes de los 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas se reunieron en la Sede de la organización en Nueva York del 6 al 8 de septiembre de 2000, con el fin de celebrar la Asamblea del Milenio de las Naciones Unidas[221] conocida como la "Cumbre del Milenio".

El objetivo central de esta Cumbre consistía en articular y afirmar una visión llena de inspiración para las Naciones Unidas en la nueva era[222]. Esta Asamblea, que probablemente fue la reunión más grande de jefes de Estado y/o gobierno llevada a cabo en el mundo, finalizó con la aprobación de la Declaración del Milenio[223] por medio de la cual los países se comprometían con una nueva alianza mundial para reducir los niveles de extrema pobreza, estableciendo una serie de objetivos sujetos a plazo, conocidos como los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y cuyo plazo de vencimiento está fijado para el año 2015.

Los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que consisten en ocho metas o compromisos, abarcan desde la reducción a la mitad de la extrema pobreza, hasta la detención de la propagación del VIH/SIDA y la consecución de la enseñanza primaria universal para el 2015, reavivando esfuerzos sin precedentes para ayudar a los más pobres del mundo. En el campo ambiental se planteó el Objetivo 7, denominado "Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente", el cual constituye otra manifestación del deseo de la comunidad internacional por insistir en la protección del medio ambiente e incluirlo como prioridad de la agenda internacional.

220. Para ello se fijó como herramienta el establecimiento de unas condiciones macroeconómicas beneficiosas para el desarrollo de todos los países, para lo cual es indispensable integrar comercio y medio ambiente; eliminar prácticas discriminatorias y proteccionistas; mejorar la salud humana, haciendo énfasis en la administración de los recursos hídricos, desertificación, recursos marinos, bosques y protección de la biodiversidad. También se recomendó establecer una estrecha interacción entre instituciones financieras, de desarrollo y comercio, incluyendo organismos por fuera del sistema de las Naciones Unidas. Ver *Ibid*., pp. 46-47.

221. Resolución 53/202 de diciembre 17 de 1998, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas

222. La información completa sobre la Cumbre del Milenio puede encontrase en http://www.un.org/spanish/milenio/index.html (consultada en junio 13 de 2008).

223. Declaración del Milenio, Resolución A/RES/55/2 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 8ª Sesión Plenaria, septiembre 8 de 2000.

La realización de este objetivo permanecería como un simple deseo de la comunidad internacional si no se plantearan aspectos concretos para el trabajo futuro. Por esta razón, se propuso garantizarlo con el cumplimiento de cuatro metas particulares, consistentes en:

- La Meta 7.A, denominada "Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente", tiene en cuenta, como factores para su estudio y cumplimiento, la determinación de la proporción de la superficie de tierras cubierta por bosques, las emisiones de dióxido de carbono (totales, per cápita y por cada dólar del producto interno bruto (PPA)) y consumo de sustancias que agotan la capa de ozono, la proporción de poblaciones de peces que están dentro de unos límites biológicos seguros y la proporción del total de recursos hídricos utilizada.
- La Meta 7.B contempla "Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010" y se medirá con la determinación de la proporción de zonas terrestres y marinas protegidas y de las especies en peligro de extinción.
- La Meta 7.C consiste en "Reducir a la mitad, para 2015, la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento". Tendrá en cuenta la proporción de la población con acceso a mejores fuentes de agua potable y la proporción de la población con acceso a mejores servicios de saneamiento.
- Y la Meta 7.D se propone "Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales"; considerará factores como la falta de acceso a mejores fuentes de abastecimiento de agua, la falta de acceso a mejores servicios de saneamiento, el hacinamiento (3 o más personas por habitación) y la cantidad de viviendas construidas con materiales precarios[224].

La realización del objetivo de la sostenibilidad del medio ambiente tiene como requisito fundamental "*que los recursos naturales se utilicen de forma inteligente y que se protejan los ecosistemas complejos de que depende nuestra supervivencia*", lo cual no podrá lograrse con los modelos actuales de consumo y uso de recursos. Además, el objetivo enfatiza que debe tenerse en cuenta que "*los suelos se están degradando a un ritmo alarmante, las*

224. Ver http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/environ.shtml (consultada en junio 13 de 2008).

especies vegetales y animales están desapareciendo a un ritmo sin precedentes, los cambios climáticos están provocando una elevación del nivel del mar y acrecentando el peligro de sequías e inundaciones, se sobreexplotan la pesca y otros recursos marinos" y, especialmente, que la "*superación de estos y otros problemas ambientales hará necesario prestar una mayor atención a la situación de los pobres y establecer un nivel de cooperación mundial sin precedentes*"[225].

d. Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible: Johannesburgo, 2002

En el marco del décimo aniversario de la Cumbre de Río, se llevó a cabo en Johannesburgo, Sudáfrica, del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, conocida como "Río+10", con la participación de 190 países, con el fin de reafirmar los compromisos adquiridos en los Principios de Río, lograr la completa implementación de la Agenda 21 y trabajar en un Programa para la Ejecución Ulterior de la Agenda 21.

La Conferencia concluyó con la adopción de una Declaración sobre Desarrollo Sostenible por medio de la cual los gobiernos participantes se comprometieron a asumir "*la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer los pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible –desarrollo económico, desarrollo social y protección ambiental- en los planos local, nacional, regional y mundial*"[226] y unirse "*con la determinación común de realizar un esfuerzo resuelto por responder positivamente a la necesidad de formular un plan práctico y visible que permita lograr la erradicación de la pobreza y el desarrollo humano*"[227].

El documento realiza un recuento histórico de los esfuerzos emprendidos por las Naciones con el objetivo de responder al deterioro del medio ambiente, desde Estocolmo, pasando por Río de Janeiro y hasta el presente, en conferencias que "*delinearon a los ojos del mundo el panorama del futuro de la humanidad*"[228], reconociendo que "*la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas in-sostenibles de producción y consumo, la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico, son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible*"[229].

De igual manera, reitera que el medio ambiente mundial sigue deteriorándose, que la biodiversidad sigue perdiéndose (corroborado en el agotamiento de las poblaciones de peces, desertificación avanzada, efectos adversos del cambio climático, desastres naturales más frecuentes y contaminación del aire y agua)[230],

225. *Ibid*.
226. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, Sudáfrica, agosto 26 a septiembre 6 de 2002, UN Doc. A/CONF.199/20 (2002), párrafo 5.
227. *Ibid*., párrafo 7.
228. *Ibid*., párrafo 9.
229. *Ibid*., párrafo 11.
230. *Ibid*., párrafo 13.

problemas que han sido acentuados con el proceso de globalización[231] y el abismo cada vez mayor entre países ricos y países pobres[232].

La Declaración propuso el "compromiso con el desarrollo sostenible"[233] y que "el multilateralismo es el futuro", planteando la necesidad de tener instituciones internacionales y multilaterales más eficaces, democráticas y dispuestas a rendir cuentas. Igualmente, realizó algunas propuestas para lograr los compromisos adquiridos, como la importancia de hacer de éste un proceso inclusivo, cumplir el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, acelerar la consecución de los objetivos socioeconómicos y ambientales en los plazos que allí se fijaban y velar por que se hiciera realidad la esperanza colectiva de un desarrollo sostenible.

También se produjo un Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo, documento extenso en compromisos y aspiraciones, pero limitado en las acciones a ser realmente tomadas. De esta manera, para materializar las metas establecidas, el Plan propuso: reducir a la mitad, para el 2015, la proporción de personas que sobreviven con menos de 1 dólar diario y la proporción de personas que no tienen acceso a agua potable y a saneamiento básico; impulsar y promover el desarrollo de programas para acelerar el cambio hacia el consumo y producción sostenibles; tener como meta, para el 2020, usar y producir químicos que no sean adversos al medio ambiente y a la salud humana; promover la ratificación e implementación de los instrumentos relevantes sobre desperdicios químicos peligrosos; mantener y restaurar los niveles de poblaciones de peces; y resaltar el papel de la Comisión de Desarrollo Sostenible en el monitoreo de la implementación de la Agenda 21; entre otros[234].

Parte VI. Conclusiones

Con base en la exposición realizada, podrían plantarse de manera general las siguientes conclusiones:

Primero, el derecho internacional ambiental ha evolucionado a través de la historia. Aunque su surgimiento estuvo estrechamente vinculado a las necesidades

231. *Ibid.*, párrafo 14.
232. *Ibid.*, párrafo 12.
233. Este compromiso incluye que los países reconozcan la importancia de los derechos y necesidades humanas; el papel de la mujer, de las comunidades indígenas y de la empresa del sector privado; la sugerencia a los países desarrollados de que hagan esfuerzos concretos por alcanzar los niveles internacionalmente convenidos de asistencia oficial para el desarrollo; apoyar la aparición de agrupaciones y alianzas regionales más fuertes; prestar una mayor atención a las necesidades de desarrollo de los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos industrializados; entre otros. Ver *Ibid.*, párrafos 16-30.
234. Plan de Implementación de la Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, septiembre 4 de 2002, A/CONF.199/20. Para ver el documento completo consultar http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs/2309_planfinal.htm (consultada en junio 13 de 2008).

humanas, como la protección de intereses comerciales, posteriormente se adoptó una perspectiva más amplia al considerar que era indispensable proteger el medio ambiente con el fin de asegurar la supervivencia de las generaciones futuras y que la biodiversidad es un patrimonio común de la humanidad que debe ser conservado.

Segundo, esta preocupación está caracterizada por la existencia de un número cada vez mayor de organizaciones nacionales, internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales conscientes y comprometidas con la defensa del medio ambiente, así como el creciente volumen de normas para hacer efectivos los objetivos propuestos y compromisos acordados, y detener la destrucción acelerada de los ecosistemas de la Tierra. Además, la conservación se ha extendido a sectores que antes no se consideraban como objeto de protección, como el deterioro de la capa de ozono y el impacto de la biotecnología en el medio ambiente.

Igualmente, es innegable que existe una mayor comprensión acerca del carácter internacional que debe tener la regulación ambiental, habida cuenta del impacto internacional que representan los daños al medio ambiente.

Este progresivo éxito que ha tenido el derecho internacional ambiental ha estado determinado, en gran parte, por la integración que ha tenido en su desarrollo con otros campos y materias, como los aspectos sociales y económicos. De esta forma, el comercio internacional, las políticas sociales y económicas de todos los países y regiones deben tener en cuenta la regulación ambiental existente y, viceversa, el derecho internacional ambiental requiere de una política económica y social seria que materialice los deseos de preservación del medio ambiente[235].

No obstante, hay que reconocer que aún existen grandes falencias y puntos débiles que deben ser reconsiderados y reforzados en los eventos y encuentros internacionales que se realicen en el futuro. Al respecto, debe decirse que la producción de normas nacionales e internacionales ha sido lenta en comparación con el rápido desarrollo que han tenido las sociedades humanas, generando la proposición de soluciones y respuestas en el plano legislativo con posterioridad a la ocurrencia de daños irreversibles al medio ambiente[236].

235. Al respecto ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 1, p. 69.

236. Kiss y Shelton proponen que "*[…] environmental law must recognize the fact that the environment is dynamic and constantly evolving. This characteristic requires flexible laws and policies that are capable of rapid alteration in response to new circumstances". "[…] el derecho internacional ambiental tiene que reconocer el hecho de que el medio ambiente es dinámico y en constante evolución. Esto requiere leyes flexibles y políticas que sean capaces de una rápida modificación en respuesta a las nuevas circunstancias*". Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 4, p. 45.

De igual manera, falta aún mayor voluntad política de algunos países, principalmente los más desarrollados, para asumir los compromisos internacionales en materia ambiental. Decisiones como la no ratificación del Protocolo de Kyoto por parte de Estados Unidos, continúan causando un efecto nocivo al medio ambiente, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata del país más industrializado del mundo y con una alta contribución al agotamiento de la capa de ozono.

Además, aunque el derecho internacional ambiental se haya extendido a la protección de diversas áreas del medio ambiente que presentaban un avanzado deterioro (capa de ozono, biodiversidad, contaminación de los mares y océanos), se continúa legislando de manera parcializada, sin tener en cuenta la interrelación de todos los factores que componen los ecosistemas. Una mayor comprensión de la interdependencia de estos elementos generaría la adopción de políticas ambientales más integrales y eficaces para la solución de los problemas más urgentes[237].

En conclusión, el panorama del derecho internacional ambiental en el presente y en el futuro es doble. Por un lado, debe resaltarse su carácter emergente y la intención de constituirlo en disciplina autónoma dentro del derecho internacional público, en un proceso que recibe cada vez mayor apoyo por parte de los Estados y las organizaciones internacionales. De otro lado, persisten aún numerosos problemas por resolver, los cuales se encuentran ligados al carácter innovador del refuerzo de la protección ambiental internacional.

Sin embargo, inconvenientes como los descritos en esta sección, lejos de ser un obstáculo al progreso y desarrollo del derecho internacional ambiental, se constituyen en verdaderos desafíos que deberán afrontar los Estados en el presente y en el futuro, sopesando los intereses económicos y particulares con la supervivencia de las diferentes especies que habitan el planeta y haciendo de la conservación de los recursos naturales un tema de primer orden en la agenda de la política y el derecho internacional.

237. Esta conclusión es propuesta por Kiss y Shelton, quienes enumeran algunos casos en que los efectos adversos a un solo factor del medio ambiente pueden desencadenar afectaciones graves a los demás. Según estos autores "*The lack of coordination among agencies and treaty bodies has had some negatives effect on the success of environmental laws and policies and is a priority issue for the future*". "*La falta de coordinación entre agencias y tratados ha tenido un efecto negativo en el éxito de las leyes y políticas ambientales y es una cuestión prioritaria para el futuro*". Ver *Ibid.*, p. 45.

CAPÍTULO III

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Tratados

1. Tratados en el derecho internacional público

Los tratados internacionales constituyen, sin lugar a dudas, la principal fuente de derecho internacional. Esta afirmación se desprende de la lectura del artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que ubica las "convenciones internacionales" como el primer factor a ser tenido en cuenta, por ese órgano judicial, al momento de proferir sus decisiones:

> "*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
> *a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes*"[1].

La creación de normas internacionales por medio de los tratados presenta unos rasgos particulares. Teniendo en cuenta que en la sociedad internacional no existe un órgano legislativo central institucionalizado que determine la ley para los sujetos de derecho internacional, son los Estados mismos –en principio- los que establecen, por medio de acuerdos expresos, las normas jurídicamente vinculantes que regularán sus relaciones[2]. Los tratados internacionales en general y, como se analizará, en el contexto internacional ambiental, están basados en el libre albedrío de los Estados. Un Estado únicamente estará jurídicamente compelido a acatar una obligación internacional –bien sea de hacer o no hacer- por vía de tratado, cuando dicho sujeto de derecho internacional haya decidido aceptar la obligación mediante una manifestación libre de voluntad[3], siempre y cuando se ajuste a los parámetros establecidos por el derecho internacional, contenidos en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, que es en sí misma un tratado internacional.

1. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945, artículo 38 (1) (a).
2. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimoquinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 153.
3. Ver Cassese, Antonio, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 170.

El artículo 2. 1. a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece:

> "*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*"[4].

Diversos elementos se desprenden de la definición anterior. En primera medida, llama la atención el uso del término "tratado" en lugar de las múltiples palabras que suelen hacer referencia al mismo concepto. Al efecto, es preciso poner de presente los resultados de las consideraciones hechas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el proceso deliberatorio del dicho instrumento, enfatizando –en sus Comentarios a los artículos de la Convención- que el uso de la palabra "Tratado" es simplemente una referencia general a lo que se considera el objeto del instrumento. Así, se debe entender que lo que es comúnmente conocido como tratado, en el derecho internacional, es aplicable a todos aquellos instrumentos internacionales independientemente de su denominación como: "*tratado*", "*convención*", "*protocolo*", "*carta*", "*convenio*", "*pacto*", "*acto*", "*estatuto*", "*acuerdo*", "*concordato*", "*intercambio de notas*", "*intercambio de cartas*", "*memorandos*", "*minutas*", entre otros[5].

Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha manifestado que el término usado por un instrumento no es lo que le da la categoría de Tratado como fuente de Derecho Internacional. Su especial característica "*esencialmente depende de la naturaleza del acto o transacción*"[6], la cual se desprende de los "*términos actuales y las circunstancias particulares en las que el acto fue adoptado*"[7]. Bajo dicho análisis, con ocasión del caso entre Qatar y Bahréin, la Corte sostuvo que para ese caso en particular, las minutas de una reunión entre los dos Gobiernos habían alcanzado el estatus de tratado internacional[8].

Un segundo elemento consiste en la necesidad de que el acuerdo se exprese por escrito entre las partes, de manera que se excluyen de la aplicación de la Convención de Viena de 1969 aquellos acuerdos celebrados de forma distinta. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional ha señalado que la aprobación del tratado no pretende negar la obligatoriedad que pueden tener los acuerdos orales.

4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, mayo 23 de 1969, artículo 2. 1. a).
5. Ver Proyecto de artículos al Derecho de los Tratados con comentarios, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en su 18ª Sesión de mayo 4 a julio 19 de 1966 y sometidos a la Asamblea General como parte del Reporte del trabajo de la Comisión.
6. *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 3, par. 96.
7. *Ibid*.
8. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 112, par. 25.

No obstante, para efectos de simplicidad y claridad, se comprenderá dentro del concepto de Tratado únicamente los instrumentos escritos[9]. La Convención de Viena establece aquí un requisito de solemnidad, sin el cual el instrumento carecería de la categoría de fuente de derecho internacional.

El derecho de los tratados regulado por la Convención de Viena de 1969 hace referencia únicamente a los instrumentos celebrados entre Estados, pese a la existencia de diversos sujetos adicionales de derecho internacional, como las organizaciones internacionales con personería jurídica internacional, algunas ONG's reconocidas, empresas transnacionales y, en algunos eventos, los individuos. De manera expresa la Comisión ha manifestado que la determinación de incluir únicamente los Estados dentro del concepto de Tratado propuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 "*is not… in any way intended to deny that other subjects of international law, such as international organizations and insurgent communities, may conclude treaties*"[10]. De hecho, es importante mencionar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, firmado en 1986 y la cual no se encuentra aún en vigor por carecer del número de ratificaciones mínimas requeridas[11]. Este último instrumento es una muestra de la conciencia colectiva que ha adquirido la comunidad internacional con respecto a la necesidad de formalizar los actos creadores de obligaciones internacionales que no provengan de los Estados.

Adicionalmente, la Convención de Viena de 1969 exige que el acuerdo esté regido por el derecho internacional, lo cual, conforme con la Comisión, obedece básicamente a la necesidad de distinguir este tipo de instrumentos de los que, por acuerdo expreso, se entienden adscritos al ordenamiento jurídico interno de alguna de las Partes. La naturaleza de las Partes de un tratado –sujetos de derecho internacional- supone el régimen jurídico internacional que rige al instrumento[12].

Finalmente, el concepto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional y finalmente adoptado, abandona las antiguas concepciones según las cuales un Tratado podía existir solamente en un documento. Las normas vigentes permiten que un Tratado pueda constar en varios instrumentos, ampliando el concepto que tradicionalmente sostenía el derecho internacional[13].

9. Ver Proyecto de artículos al Derecho de los Tratados con comentarios, *supra* nota 5, p. 189.
10. *Ibid.*, p. 189. "*de ninguna manera tuvo la intención de negar que otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales o las comunidades insurgentes, puedan concluir tratados*".
11. Ver Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, marzo 21 de 1986.
12. Ver Proyecto de artículos al Derecho de los Tratados con comentarios, *supra* nota 5, p. 189.
13. *Ibid.*, p. 189.

Dentro de este espectro general del régimen de los tratados del derecho internacional público, se adscribe el derecho internacional ambiental. Esta aplicación de las más inveteradas instituciones de aquél a esta rama emergente –reglas respecto de la propuesta negociación, adopción, interpretación y entrada en vigor de los tratados, así como el régimen de reservas- genera la necesidad de estudiar cada uno de los elementos y características anteriormente mencionados cuando se emprenda el análisis jurídico de los tratados cuyo objeto sea la protección del medio ambiente o aborden algún tema que se considere integrante del derecho internacional ambiental.

2. Tratados para la protección del medio ambiente

Teniendo en cuenta que el derecho internacional ambiental se ha constituido en una rama autónoma del derecho internacional público, aunque ajustada a los criterios esenciales de éste, puede predicarse que los tratados internacionales constituyen así mismo la fuente más contundente de desarrollo del objeto de estudio de la presente publicación. Incluso, tratándose de temas ambientales, donde la precisión científica es piedra angular de los contenidos normativos y la costumbre internacional presenta diversas dificultades para establecer normas muy particulares, los tratados internacionales se convierten –en muchas oportunidades- en el único mecanismo idóneo para establecer con claridad y exactitud cifras, porcentajes, determinación de sustancias, procedimientos químicos, entre otros aspectos. De ahí que el estudio de los tratados internacionales en materia ambiental, así como los sistemas y dinámicas creados por ellos, pueden ser considerados como uno de los temas de estudio más relevantes en el marco del derecho internacional ambiental.

Los tratados y protocolos son, en efecto, la principal fuente de obligaciones y derechos con relación a la protección del medio ambiente[14]; se ajustan al régimen general establecido por el derecho internacional para la regulación de los tratados internacionales consagrado en el marco de la mencionada Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969[15], y les son aplicables las normas generales de clasificación de los tratados en universales –abiertos para la ratificación de todos los Estados de la tierra –regionales- ceñidos a los intereses de un grupo de interés plural particular -y bilaterales- cuya finalidad es regular algún tema que atañe la protección medioambiental de dos países[16].

14. Ver Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 126; Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 98; Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 13; Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, *International Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1997, p. 17.
15. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 128.
16. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 154. Este autor referencia varios criterios para la clasificación de los tratados: por el número de partes, por el grado de apertura para su participación, por la materia objeto del tratado, por su función de creación de obligaciones, por la naturaleza de los sujetos que participan, por su duración, por la forma de conclusión, etc.

Sin embargo, existen determinados elementos que permiten hacer una diferenciación entre el régimen general de los tratados y la manera como la práctica internacional ha manejado los referentes a la protección del medio ambiente; pese a la carencia de esquemas formales para la adopción de tratados medioambientales, existen elementos recurrentes en la mayoría de los instrumentos del derecho internacional ambiental que vale la pena estudiar en detalle.

El proceso de adopción de tratados internacionales para la protección del medio ambiente se inició con cierta dificultad; las primeras y principales herramientas utilizadas por la sociedad internacional para el desarrollo de los asuntos ambientales se dieron a partir de declaraciones políticas y demás documentos carentes de obligatoriedad jurídica. Al respecto, Sands comenta como "*The 1972 Stockholm Declaration, the 1978 UNEP Draft Principles of Conduct, the 1982 World Charter for Nature, the 1992 Rio Declaration and the 2002 WSSD Plan of Implementation were not intended to create legal rights and obligations*"[17]. No obstante, es indudable que tales instrumentos de naturaleza estrictamente política han influenciado profundamente la creación de normas de derecho internacional ambiental, bien porque fueron el antecedente de tratados internacionales (*droit vert*) o porque consolidaron la correspondiente práctica estatal y *opinio juris* requerida para el surgimiento de normas de costumbre internacional[18].

De acuerdo con Gehring, se pueden mencionar dos características particulares del derecho internacional ambiental: la "constitucionalización" y la "fragmentación". De un lado, con el fin de lograr una adecuada, completa y permanente protección del medio ambiente, los Estados han creado verdaderos y completos sistemas de protección ambiental, constituyendo numerosos organismos para dar operatividad y efectividad a los acuerdos logrados en los tratados ambientales. De esta forma, se ha empleado el mecanismo de la llamada "Conferencia de las Partes", que representa el órgano supremo de toma de decisiones para los Estados miembros de un tratado y el encargado de evaluar periódicamente las normas y la real aplicación del mismo[19].

No obstante, como consecuencia de lo anterior, existe una verdadera fragmentación institucional con respecto a la protección del medio ambiente. En razón de la especialidad que se ha adquirido, el manejo de los temas ambientales parti-

17. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 126. "*La Declaración de Estocolmo de 1972, el Proyecto de Principios de Conducta del PNUMA de 1978, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Declaración de Río de 1992 y el Plan de Implementación de la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 2002 no tuvieron la intención de crear derechos y obligaciones legales*".
18. Ver Parte V de este Capítulo, relativa al *Soft Law*.
19. Gehring, Thomas, "Treaty-Making and Treaty Evolution", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 467-497, pp. 473-475.

culares (capa de ozono, biodiversidad, contaminación, etc.), el control y administración en materia ambiental se encuentra diseminado en cerca de 200 sistemas separados de conservación lo cual, *contrario sensu*, ha provocado la ausencia de una organización única que centralice toda la normatividad internacional ambiental, proponga políticas efectivas de aplicación, vele por el cumplimiento de los compromisos por parte de los Estados y desarrolle mecanismos eficaces de cooperación con otras organizaciones y actores afectados e interesados por la conservación ambiental[20].

Por otra parte, en la constante y fragmentada negociación de los tratados en materia ambiental ha predominado el principio del consenso para la adopción de decisiones[21]; antes de que éstas sean tomadas, los Estados agotan algunas etapas previas, las cuales se inician con la identificación de un problema ambiental que requiere normatividad internacional, siguiendo con el establecimiento del lugar o institución que sirva para el estudio del tema[22], y la realización de una Conferencia general que presente los estudios y acuerdos previos para la ratificación y aceptación por parte de los Estados.

Este proceso cuenta, además, con la especial participación de numerosos actores, como organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales[23], lo cual permite un mayor nivel de cooperación[24] y de clarificación acerca de los aspectos que requieren atención y conocimiento especial. En este aspecto, cobra especial importancia la participación del sector científico, cuyo aporte es trascendental en la proposición y celebración de los tratados internacionales en materia ambiental[25], haciendo parte de la doctrina general aplicable a la materia ante la ausencia de otras fuentes formales de derecho, de acuerdo con las reglas generales consagradas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[26].

En esta etapa de negociación, las Naciones Unidas han jugado un papel de vital importancia. Organismos especiales como la Asamblea General de la organización, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA) han servido como instrumentos para la creación de comités especializados de estudio y preparación de un tratado, por iniciativa de los Estados concernidos[27].

20. *Ibid*., pp. 475-476.
21. *Ibid*., p. 470. Algunas implicaciones del consenso pueden encontrarse en B. Buzan, "Negotiating by Consensus: Developments in Technique at the United Nations Conference at the Law of the Sea", en 75 American Journal of International Law, 1981, pp. 324-348, pp. 324-326.
22. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 128.
23. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, *International Environmental Law and Policy*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2002, p. 292 y Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 101.
24. Gehring, Thomas, óp. cit., *supra* nota 19, p. 471.
25. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, pp. 104-105.
26. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1).
27. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 23, p. 298.

Además de la participación de estas agencias especializadas, la celebración de tratados en materia ambiental está caracterizada por el establecimiento de regímenes internacionales regulatorios, encargados de realizar evaluaciones institucionalizadas, periódicas e informales[28], lo cual ha evitado la existencia de una "burocracia" que trate de manera ocasional y sin continuidad los temas ambientales y le imprima lentitud al desarrollo de las discusiones en torno a las normas internacionales. En este sentido, el manejo de los temas se encuentra principalmente centrado en las organizaciones especializadas a nivel inter-gubernamental o por iniciativa de las organizaciones no-gubernamentales con interés particular en la conservación del medio ambiente.

Pese a esto, el manejo específico de los temas ambientales por el derecho internacional ha encontrado algunos obstáculos en los métodos tradicionales de reforma de los tratados internacionales; el objeto de regulación de dichos instrumentos no es estático y, por el contrario, el avance de la ciencia y la técnica, así como el agotamiento progresivo de los recursos naturales por parte de las sociedades[29], han generado la necesidad de adaptar los medios de actualización de los tratados a formas más expeditas y sencillas que las diseñadas por el derecho internacional público general[30].

En el proceso de creación de métodos ágiles para la reforma de los tratados[31], o incluso para su creación, teniendo en cuenta la necesidad de dotar de fuerza ejecutiva la regulación de protección del medio ambiente[32], el derecho internacional ambiental ha adoptado, como una característica especial para dar forma a sus normas jurídicas, la celebración de convenios "marco" o convenios "sombrilla"[33], los cuales contienen normas o principios generales[34] que pueden ser aceptados por todos los Estados; la adopción de protocolos[35], que contienen las normas particulares de aplicación del convenio marco y los cuales son susceptibles de permanente actualización por parte de los Estados o de organismos internacionales creados para el efecto; y la inclusión de anexos y apéndices, los cuales contienen información científica sujeta a constante evolución[36], incluyendo detalles que necesitan rápida modificación de acuerdo con el cambio de necesidades o de circunstancias materiales[37].

Como un rasgo especial de los tratados medioambientales, Fitzmaurice propone la posibilidad de su aplicación provisional antes de su entrada en vigor[38]. Ante

28. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 99.
29. Kiss y Shelton mencionan los casos de la aparición de nuevas sustancias o nuevos medios de producción y consumo que conducen al incremento de la contaminación marina y la aparición de nuevas amenazas a la existencia de especies que se encuentran en vía de extinción, como circunstancias indicadoras de la necesidad de adaptar los sistemas de modificación de los tratados sobre la conservación del medio ambiente. Adicionalmente, puede pensarse en el surgimiento de nuevas sustancias agotadoras de la capa de ozono, o nuevas causas que influyan en la aceleración del cambio climático. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 78.
30. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 19.
31. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, pp. 138-140.
32. Birnie y Boyle sostienen que métodos rápidos como el intercambio de notas o cartas, o la adquisición de fuerza vinculante de los tratados multilaterales con la sola firma y sin necesidad de posterior ratificación por los parlamentos de los Estados, o por memorandos de entendimiento, son muestras de la existencia de formas ágiles de adopción de tratados cuando se estima necesario e indispensable. Como un ejemplo paradigmático de esta posición Birnie y Boyle citan el caso de la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono de 1985. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 13.
33. *Ibid.*, p. 14.
34. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 19.
35. Al respecto pueden citarse dos Protocolos de especial importancia para el derecho internacional ambiental: por un lado, el Protocolo de Montreal de 1987 a la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, el cual contiene las sustancias y cantidades que agotan la capa de ozono; y el Protocolo de Kyoto de 1997 a la Convención Marco sobre Cambio Climático, el cual establece obligaciones específicas para algunos Estados de reducir la emisión de ciertas sustancias causantes del aumento del cambio climático y el calentamiento global.
36. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 103.
37. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, pp. 19-20.
38. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, pp. 103-104.

la necesidad de dar fuerza efectiva a un acuerdo en materia ambiental, el cual es de imperiosa aplicación en razón a su objeto de regulación, los Estados han hecho uso de la permisión que da la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[39] de aplicar un tratado con antelación a su ratificación interna, siempre que éste lo disponga o los Estados lo hayan convenido de otra forma. Al respecto, Fitzmaurice menciona el Convenio de Ginebra de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia[40], frente al cual los Estados adoptaron una resolución para iniciar, tan pronto como fuera posible, su aplicación e implementación provisional y cumplir al máximo las obligaciones que se desprendieran del mismo mientras el tratado entraba en vigor[41].

Otra característica observada en los tratados relativos a la protección del medio ambiente consiste en la prohibición de hacer reservas a los mismos. El derecho internacional general permite la formulación de reservas, por medio de las cuales los Estados se apartan de alguna disposición consagrada en un tratado determinado. No obstante, en materia ambiental estas manifestaciones de los Estados se encuentran limitadas en razón al complicado conjunto de acuerdos hechos durante las negociaciones[42], a que el proceso de toma de decisiones y adopción del acuerdo está basado en el consenso[43], a que sus disposiciones consisten en directrices y parámetros generales, más que en compromisos específicos con implicaciones prácticas[44], y a que la existencia de posibilidades de apartarse de un tratado en materia ambiental sería incongruente con el objeto del mismo[45], toda vez que sus disposiciones forman parte de un todo completo encaminado a proteger en su integridad un determinado aspecto del medio ambiente[46].

Así mismo, las características especiales que adopta la regla de *pacta sunt servanda* existente en el derecho internacional general, pueden constituir un rasgo particular de los tratados relativos al medio ambiente. De acuerdo con la Convención de Viena, "*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*"[47], lo cual elimina la posibilidad para cualquier Estado de desconocer las obligaciones contraídas en virtud de un determinado tratado o acuerdo suscrito con otro Estado. Sin embargo, la misma Convención también establece la posibilidad de dar por terminados o suspendidos los efectos de un tratado por consentimiento de las partes[48] o de una de ellas[49], por la celebración de un

39. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 4, artículo 25.
40. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979.
41. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 104.
42. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 6.
43. Ibid., p. 79.
44. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 123.
45. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 15.
46. Al respecto, el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la posibilidad de los Estados de formular reservas a los tratados a menos que "*(c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado*".
47. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *supra* nota 4, artículo 26.
48. *Ibid*., artículo 57.
49. *Ibid*., artículo 58.
50. *Ibid*., artículo 59.

tratado posterior[50], como consecuencia de su violación[51], por la imposibilidad de cumplimiento[52] o por un cambio fundamental de circunstancias[53]; frente a la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares, la Convención establece que este fenómeno no afectará las relaciones jurídicas establecidas por el tratado, salvo que la existencia de las relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado[54].

En relación con este aspecto, Kiss y Shelton mencionan que la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares no puede afectar la continuidad de los tratados relativos al medio ambiente y a los derechos humanos[55]; teniendo en cuenta que el medio ambiente se ha constituido en un bien de la humanidad y en una preocupación común, es indispensable que su protección continúe a pesar de las diferencias políticas y diplomáticas que surjan entre los Estados, las cuales no deben prevalecer sobre los acuerdos que se hayan suscrito para la conservación de una determinada área del medio ambiente.

Finalmente, como aspecto particular de los tratados medioambientales, puede mencionarse el problema de los "aprovechados". De acuerdo con Kiss y Shelton, es particular de las obligaciones que algunos tratados internacionales imponen a sus Estados Partes la producción de un beneficio o perjuicio con respecto a terceros Estados que no son Partes del tratado. Esta característica, presente en los tratados ambientales, es corroborada en instrumentos como la CITES y el Protocolo de Montreal, los cuales restringen las importaciones desde los Estados no Partes a cualquiera de los que han ratificado el tratado[56].

En conclusión, aunque las reglas generales sobre el derecho de los tratados son perfectamente aplicables a la creación, interpretación y aplicación de los tratados ambientales, algunas características particulares han sido desarrolladas por el derecho internacional ambiental. Más que excepciones al derecho internacional general, estas especialidades buscan complementar los fundamentos tradicionales de la normatividad internacional, impulsadas por las necesidades que han encontrado los Estados y organizaciones internacionales de reglamentar la protección del medio ambiente como un campo especial y emergente en el derecho internacional público.

51. *Ibid.*, artículo 60.
52. *Ibid.*, artículo 61.
53. *Ibid.*, artículo 62.
54. *Ibid.*, artículo 63.
55. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 7.
56. Ante esta situación, Kiss y Shelton proponen la inclusión de medidas que desalienten el aprovechamiento de los Estados que quieren obtener ventajas comerciales de las restricciones impuestas por un tratado del que no son Parte y, por el contrario, proporcionar incentivos a la adherencia y cumplimiento del mismo. *Ibid.*, p. 77.

Parte II. Costumbre internacional

1. La costumbre en el derecho internacional público

La costumbre internacional es definitivamente la primera fuente formal de derecho internacional que surgió en la historia; aún antes de la existencia de reglas secundarias que determinaban la posibilidad del establecimiento de códigos de conducta internacional, ya preexistían fuentes de obligatoriedad normativa que surgían de la práctica, caracterizadas por su inmaterialidad, informalidad y ausencia de solemnidad, a pesar de la innegable autoridad jurídica que sobre ellas pesaba.

En términos generales, la costumbre internacional fue incorporada en el pensamiento internacional impulsada por consideraciones según las cuales las cosas debían ser de la manera como han sido hechas. La sociedad internacional consideraba que los cánones normativos deberían reflejar tanto la existencia de las cosas, como la forma según la cual la sociedad creía que deberían regularse, lo cual generó que la costumbre se constituyera en la primera fuente formal que existió en el tiempo de constitución del derecho internacional[57].

Técnicamente, la costumbre internacional es un acuerdo que se produce en un escenario mundial, careciendo de un soporte físico, originándose de manera absolutamente informal, con la especial cualidad de lograr que su fuerza normativa vinculante actúe no sólo sobre aquellos sujetos que expresamente manifestaron su aquiescencia a la regla, sino también sobre todos aquellos que se mantuvieron indiferentes ante el citado acuerdo[58].

Precisamente, uno de los asuntos que más debate generó en la doctrina internacional, fue la determinación de los sujetos a quienes iba dirigida la fuerza vinculante de la costumbre internacional. Tal discusión se acentuó con el surgimiento de nuevos Estados, ya que se sostuvo que a los nuevos sujetos de derecho internacional no se les podía imponer la normatividad que había nacido a la vida

57. Shaw, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 68-69.
58. Ver Ibid., p. 85.

jurídica antes de su formación. Actualmente, se mantiene la regla general según la cual la costumbre es vinculante para toda la comunidad internacional con pocas excepciones, como la de los opositores persistentes[59].

En relación con las fuentes de derecho internacional, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia cita:

> "*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
> *(…)*
> "*b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*"[60].

Con respecto a la autoridad jurídica de esta disposición normativa deben hacerse algunas precisiones. Considerando que el Estatuto hace parte de un tratado internacional –la Carta de las Naciones Unidas- su normatividad es jurídicamente vinculante sólo para los miembros de la Organización de Naciones Unidas y, particularmente, para aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia como órgano judicial principal de la ONU.

Sin embargo, el derecho internacional ha considerado que los preceptos del referido artículo 38, que equivalían a los consagrados en el Estatuto de la predecesora Corte Permanente de Justicia Internacional[61], han generado un gran impacto en el sistema internacional, al punto de ser considerados postulados de costumbre internacional que, de manera general, regulan las fuentes formales del derecho internacional, al cual se adscribe el derecho internacional ambiental. Así, cuando se cite el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, deberá entenderse que éste constituye la fuente material de derecho, dado que la fuente formal es precisamente la costumbre internacional.

En el contexto de las características expuestas, se ha determinado que una norma podrá ser considerada costumbre internacional cuando reúna dos requisitos fundamentales y coexistentes, absolutamente imprescindibles para su consolidación: a. la práctica estatal; y b. la denominada *opinio juris sive necessitatis*, sobre los cuales es necesario hacer algunas precisiones particulares.

59. Ver Cassese, Antonio, óp. cit., *supra* nota 3, pp. 162-163 y Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 7-8.
60. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1) (b).
61. Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, diciembre 16 de 1920, artículo 38, disponible en http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm (consultada en agosto 11 de 2008).

a. Práctica estatal

Es el elemento objetivo de la costumbre internacional, constituido por el conjunto de hechos concretos que evidencian que la conducta internacional posee una cierta regularidad y que está regida por ciertos parámetros de comportamiento.

Esta uniformidad se ha predicado respecto de las conductas de los Estados, pese a que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no mencione expresamente los sujetos que deben estar en el origen de las conductas reiteradas. Sin embargo, de acuerdo con los nuevos avances del sistema internacional y la proliferación de nuevos actores internacionales, debe entenderse que dicha práctica puede incluir los parámetros de conducta de organizaciones internacionales, empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales de reconocimiento internacional y demás sujetos contemporáneos del derecho internacional, aunque el proceso esté liderado por los Estados, particularmente en áreas como el derecho internacional ambiental, forjado por la participación activa de actores y sujetos distintos a los Estados. De esta forma, puede sostenerse que en el derecho internacional contemporáneo el elemento objetivo de la costumbre debe ser referenciado más técnicamente como "práctica internacional" y no limitarlo sólo al inveterado término de "práctica estatal", aunque para efectos de este texto se utilizará este último como concepto genérico comprensivo de los demás sujetos de derecho internacional.

Existen diversos criterios que deben tenerse en cuenta al momento de analizar si la práctica internacional podría dar origen a una norma de costumbre internacional, tales como: duración, repetición, consistencia y generalidad.

Respecto de la duración, es preciso anotar que el derecho internacional no impone límites temporales exactos, de modo que una costumbre puede llegar a constituirse independientemente del tiempo que haya transcurrido desde que la práctica internacional y la *opinio juris* se hayan configurado, siendo la existencia de los dos elementos lo que realmente determina su nacimiento, incluso, si tales circunstancias se dan en un corto período de tiempo. El caso más extremo que se ha presentado en la doctrina internacional es tal vez el de la llamada "costumbre instantánea", según la cual una norma de costumbre podría nacer *ipso facto* a la

vida jurídica. Aunque se trate de un evento absolutamente excepcional, existen posiciones que sostienen que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es el perfecto ejemplo de dicho fenómeno[62].

La continuidad y repetición de la práctica, como lo señala Shaw, fueron desarrolladas por la Corte Internacional de Justicia en el caso del Asilo entre Colombia y Perú, donde se menciona que para que una práctica tenga la autoridad suficiente para llegar a ser constitutiva de costumbre internacional, es necesario que la misma esté "*de acuerdo con un constante y uniforme uso practicado por los Estados en cuestión*"[63]. Prácticas inciertas o contradictorias, de acuerdo con los postulados más tradicionales de la Corte, no pueden llegar a constituir costumbre internacional[64].

Acerca de la necesidad de determinar la existencia de un elemento objetivo de conducta, se ha precisado que una costumbre internacional podría nacer a la vida jurídica, incluso, cuando aquellos sujetos cuya conducta es valorada por el derecho internacional, actúan de forma contraria a la de la supuesta norma prescrita, siempre y cuando dicha conducta contraria sea considerada, por quienes así actúan, como una violación al derecho internacional, situación en la que el elemento subjetivo –*opinio juris*- entra a validar la práctica internacional[65].

En palabras de la Corte Internacional de Justicia:

> "*In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of states should in general, be consistent with such rules, and that instants of state conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indication of the recognition of a new rule*"[66].

Otro de los elementos de la práctica internacional debe ser la generalidad. En términos amplios, se sostiene que una costumbre internacional será válidamente considerada como tal, siempre que exista una conducta uniforme y continua por parte de un número representativo de miembros de la comunidad internacional. De hecho, como se mencionó, se ha sostenido que cuando la costumbre nace a la vida jurídica, sus normas llegan a ser vinculantes, incluso frente a Estados que no participaron activamente en el proceso de creación.

62. Ver Olivier, Michèle, "The Relevance of 'Soft Law' as a Source of International Human Rights", en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, (35), pp. 289-307.
63. *Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.*
64. *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116.*
65. Cassese, Antonio, óp. cit., *supra* nota 3, Parte III, Capítulo 8.
66. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, p. 98. *"Con el objeto de deducir la existencia de reglas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados sea consistente de manera general con el contenido de tales reglas, y que todas aquellas conductas inconsistentes con la regla deben haber sido tratadas como violaciones a la regla y no como indicio del reconocimiento de una nueva regla".*

No obstante, esta regla ha sido desarrollada con mayor precisión por parte de la Corte Internacional de Justicia, la cual ha especificado que dicha generalidad debe ser predicada de aquellos sujetos de derecho internacional cuyos intereses se ven afectados por la norma en cuestión. Es evidente que, bajo tales consideraciones, podrían crearse costumbres internacionales con la participación de un número reducido de Estados o demás sujetos de derecho internacional, siempre y cuando ellos constituyan la "generalidad" de actores especialmente afectados en sus intereses por causa de la presunta norma consuetudinaria. Esto nos permite aunarnos a la conclusión que al respecto plantea Shaw: "*one can conclude by skating that for a custom to be accepted and recognised it must have the concurrence of the major powers in that particular field*"[67].

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia anotó que la práctica de los "Estados sin litoral" o "Estados Mediterráneos" (Bolivia, Austria, Suiza, etc.) no sería fuente de autoridad para determinar el surgimiento de una norma de costumbre internacional en materia de derecho del mar, de modo que sólo la conducta de aquellos Estados con costa, afectados en sus intereses por el derecho del mar, podría ser considerada como una fuente confiable para la determinación de la práctica estatal, a fin de establecer el nacimiento de una costumbre internacional en la materia[68].

Estas consideraciones han permitido formar criterios doctrinarios según los cuales la costumbre internacional no demanda precisamente la "universalidad" de la práctica internacional sino la "generalidad", haciendo referencia particular a quienes sean afectados por la norma en surgimiento[69].

b. *Opinio juris*

Adicional a la existencia de una práctica internacional extendida y generalizada, la formación de la costumbre internacional requiere de un segundo elemento consistente en la consideración de que tal conducta se encuentra conforme a la ley[70], que exista la convicción de que el comportamiento reiterado da origen a una regla que es legalmente obligatoria[71].

Este elemento, que conforma el componente subjetivo de la costumbre internacional[72], es conocido en el derecho internacional como la *opinio juris*, exigida

67. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 76. "*Uno puede así concluir que para que una regla sea considerada como costumbre internacional debe tener el reconocimiento y aceptación de las mayores potencias en el respectivo campo que regula la regla*".
68. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, p. 39, par. 63.
69. Cassese, Antonio, óp. cit., *supra* nota 3, Parte III, Capítulo 8.
70. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 80.
71. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 8.
72. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 26.

particularmente por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al incluir "la costumbre internacional como prueba de una práctica *generalmente aceptada como derecho*"[73] entre las fuentes del derecho internacional.

En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia planteó la necesidad de que la *opinio juris* fuera realmente verificada, sosteniendo su carácter imprescindible y necesario para la efectiva formación de la costumbre internacional:

> *Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i. e. the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the* opinio juris sive necessitatis. *The states concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many intentional acts, e. g. in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty*[74].

La *opinio juris* ha sido considerada como el elemento fundamental de la costumbre internacional. Conforme con este enfoque, se afirma que la existencia de costumbre internacional puede corroborarse allí donde haya insuficiente o ninguna práctica estatal, aunque se presente otra evidencia de que los Estados creen en la existencia de una regla de derecho, como se infiere de la expedición de resoluciones por la Asamblea General de las Naciones Unidas, proceso que es interpretado como creador de derecho[75].

Teniendo en cuenta que la *opinio juris* es el elemento subjetivo de la costumbre internacional, lo cual implica esencialmente un estado de ánimo o del pensamiento difícil de atribuir a entidades como los Estados, su existencia debe ser deducida de los pronunciamientos y acciones de aquéllos, en particular de las que presuntamente constituyen el elemento objetivo de la "práctica" en la costumbre internacional[76].

73. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1) (b).
74. *North Sea Continental Shelf*, *supra* nota 68, p. 44, par. 77. *No solamente los actos concernientes deben ser considerados como práctica establecida, sino que ellos deben ser llevados a cabo de manera que se evidencie la creencia de que dicha práctica es considerada obligatoria gracias a la existencia de una regla de derecho que así la formula. La necesidad de tal creencia, la existencia del elemento subjetivo, se encuentra implícita en la noción de opinio juris sive necessitatis. Los estados respectivos deben, por ende, sentir que ellos actúan conforme a lo que se considera una obligación legal. La frecuencia e incluso el carácter habitual de los actos no es en sí mismo suficiente. Existen muchos actos intencionales, como por ejemplo, en el campo del protocolo y la etiqueta, que son llevados a cabo de manera regular pero que son motivados únicamente por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición y no como el resultado del cumplimiento de una obligación legal.*
75. Ver Thirlway, Hugh, "The Sources of International Law", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 115-140, p. 123.
76. *Ibid*., p. 123.

Por otro lado, pese a la claridad existente en torno a su requerimiento como componente fundamental de la costumbre internacional, la prueba de la *opinio juris* es especialmente difícil y objeto de controversia en el derecho internacional. Contrario a la prueba de la práctica estatal –elemento objetivo de la costumbre internacional- que puede ser fácilmente obtenida a través de la observación de algunos comportamientos reiterados de los Estados como la ratificación de tratados, la emisión de declaraciones, las posiciones ante las Cortes y tribunales internacionales, etc., la prueba de la *opinio juris* presenta inconvenientes en su obtención efectiva[77].

La Corte Internacional de Justicia ha adoptado dos criterios para declarar probada la *opinio juris* y aplicable como elemento de una regla de derecho internacional. Por un lado, ha utilizado un criterio menos riguroso, sobre la base de la evidencia de una práctica general, el consenso en la literatura y las determinaciones previas que hayan hecho las Cortes y tribunales internacionales; en otras ocasiones, ha adoptado un criterio más riguroso, requiriendo una evidencia más positiva de la validez de la norma en cuestión[78], principalmente a través de una mayor cantidad de tratados ratificados y declaraciones suscritas, los cuales representan, sin duda, la clara e inequívoca manifestación de parte de los Estados acerca de la aceptación de una conducta como norma de derecho.

2. La costumbre en el derecho internacional ambiental

El proceso de formación de la costumbre internacional en el derecho internacional ambiental es análogo al proceso existente en el derecho internacional general[79]; los dos elementos –práctica estatal y *opinio juris*- deben estar presentes y hacer parte de un mismo proceso indisoluble e interdependiente para el surgimiento y consolidación de esta fuente formal internacional.

No obstante, este proceso de aparición de la costumbre internacional en el derecho internacional ambiental posee ciertas características particulares. Una de las más especiales la constituye el hecho de que algunos de sus más importantes principios han surgido en fallos judiciales, entre los cuales se destaca la decisión del *Trail Smelter case*[80].

77. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 14.
78. Ver Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, p. 8.
79. Dupuy, Pierre-Marie, "Formation of Customary International Law and General Principles", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 19, pp. 449-466, p. 454.
80. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 106.

Este trascendental fallo dio origen a los Principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la Declaración de Río, los cuales consagran el derecho de aprovechar sus propios recursos naturales y la prohibición de causar daños al medio de otros países, o zonas situadas más allá de toda jurisdicción nacional[81].

El tribunal arbitral que fue constituido para el efecto debía dirimir la controversia suscitada entre Canadá y Estados Unidos a raíz de la contaminación causada sobre los cultivos, pastos, árboles y agricultura en el estado de Washington, por la emisión de dióxido de sulfuro que generaba la Planta de fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company ubicada en territorio canadiense[82].

Pese a la existencia de legislación en materia ambiental, el tribunal carecía de disposiciones aplicables al caso específico de contaminación transfronteriza del aire; por esta razón, el Tribunal acudió a algunos fallos emitidos por la Suprema Corte de los Estados Unidos que habían resuelto disputas relativas a la contaminación de agua entre algunos Estados al interior de los Estados Unidos, aplicándolos como manifestación de normas de costumbre internacional, basado únicamente en la existencia de práctica nacional[83].

En suma, la solución finalmente proferida por el tribunal no se encontraba basada en ninguna disposición de derecho internacional existente para el momento, ni tratado, ni norma general de costumbre, careciendo de una respuesta precisa cualquier discusión sobre contaminación transfronteriza del aire. Sin embargo, la decisión final del tribunal adquirió posteriormente el carácter de regla de costumbre internacional[84], lo cual constituye un caso *sui generis* en que la *opinio juris* y la práctica por parte de los Estados se originaron en el fallo de un tribunal arbitral[85].

Este precedente fue, además, respaldado por la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (*The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*). En esta decisión, la Corte se refirió a la continua amenaza que representa el empleo de armas nucleares en el medio natural, manifestando que el medio ambiente "no es una abstracción", sino el espacio donde viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, así como el bienestar de las generaciones del futuro[86]; de igual forma, sostuvo que la obligación general

81. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972), Principio 21; y Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 2.
82. Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 y March 11 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982.
83. Ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, pp. 107-110.
84. Perrez, Franz Xaver, "The Relationship between 'Permanent Sovereignty' and the Obligation Not to Cause Transboundary Environmental Damage", en *Environmental Law*, 1996, (26), pp. 1187-1212, p. 1211; Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 34; Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 36; Merrill, Thomas W., "Golden Rules for Transboundary Pollution", en *Duke Law Journal*, 1996-1997, (46), pp. 931-1019, p. 947.
85. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 236.
86. La Corte Internacional de Justicia concluyó en esta oportunidad que "*the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*". *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996*, p. 226, pp. 241-242, par. 29.

de los Estados de que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción respeten el medio ambiente de los demás Estados o los territorios que se encuentran fuera de toda jurisdicción, hace parte del cuerpo de reglas del derecho internacional ambiental[87]; en opinión de algunos autores, esta decisión de la Corte Internacional de Justicia fue la que propiamente atribuyó el estatus de costumbre internacional al principio de prohibición de contaminación transfronteriza[88].

Además del principio de prohibición de causar daños transfronterizos y su determinación como norma de costumbre internacional, otros conceptos han estado en la discusión acerca de su alcance como costumbre internacional. Particularmente, con ocasión de la adopción de numerosos tratados internacionales, declaraciones y resoluciones que consagran principios de protección ambiental, se han suscitado cuestionamientos en torno al carácter de costumbre internacional que pudieren haber adquirido los principios que allí se establecen, entre los cuales se encuentra el desarrollo sostenible, el de precaución y el principio según el cual las acciones de los Estados deben ser asumidas sólo después de realizar una evaluación de impacto ambiental[89]; además, se ha dicho que los principios de responsabilidad común pero diferenciada, de contaminador-pagador, de acción preventiva y de buena vecindad y cooperación aspiran también a adquirir el estatus de costumbre internacional[90].

Las dificultades que pueden presentarse en la comprobación de una recurrente práctica estatal tienen origen, en concepto de algunos autores, en la existencia de cerca de 190 culturas, políticas, intereses, lineamientos religiosos y sistemas legales diversos[91]. Este factor ha impedido que todos los Estados se obliguen por medio de tratados de alcance universal, limitándose a suscribir compromisos en el orden regional y declaraciones de principios que no poseen ninguna fuerza vinculante.

No obstante, estas disposiciones pueden jugar un rol fundamental en el desarrollo del derecho internacional ambiental. Aunque hayan sido sistematizadas por declaraciones de principios y por los trabajos de diferentes tratadistas y publicistas de la materia, estas normas pueden agrupar y concretar los términos del debate, facilitando la posterior negociación entre los Estados[92].

87. *Ibid*., p. 242.
88. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 236.
89. Según Hunter y otros, aunque estos conceptos sean objeto de frecuente reiteración en documentos internacionales de diversos tipos, proporcionando la evidencia de posible *opinio juris*, la práctica estatal es aún novedosa e insuficientemente uniforme para satisfacer los requerimientos de la costumbre internacional. Ver Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 23, p. 316.
90. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 29.
91. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 23, p. 314; Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 16; Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 112; Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 29.
92. Dupuy, Pierre-Marie, óp. cit., *supra* nota 79, p. 464.

En estas negociaciones, numerosas normas de costumbre internacional han llegado a hacer parte de tratados internacionales con verdadera fuerza vinculante. Al respecto, es paradigmático el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyas disposiciones relativas a la protección y preservación del medio ambiente marino, incluyendo las disposiciones de prevención, reducción y control de la contaminación del mar, consideradas como costumbre internacional, hacen parte ahora de un tratado internacional con fuerza vinculante[93].

Además de éste, otros tratados también pueden llegar a constituir costumbre internacional, con base en la reunión y simultaneidad de ciertas condiciones por parte de los Estados. Con relación a ello, Car y Scott proponen tres requisitos que, de ser satisfechos, pueden indicar que un acuerdo internacional escrito ha alcanzado el estatus de costumbre internacional:

a) que el tratado haya sido aceptado por un suficiente número de Estados;
b) que un número significativo de Estados, cuyos intereses sean sustancialmente afectados por el tratado respectivo, sean partes del tratado;
c) que el tratado no admita reservas[94].

De acuerdo con esta posición, los autores mencionados citan ocho tratados que poseen el estatus de normas de costumbre internacional, toda vez que reúnen las tres condiciones mencionadas: el Convenio sobre Diversidad Biológica; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático; la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono; el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono; la Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la Desertificación en los países afectados por Sequía Grave o Desertificación; el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[95].

Birnie y Boyle sostienen que la amplia participación de los Estados en convenciones internacionales constituye un elemento importante para la determinación de lo que conforma costumbre internacional, como puede constatarse con la Convención MARPOL de 73/78[96]. De acuerdo con esta posición, podrían surgir nuevas normas consuetudinarias a través de los trabajos en tratados multilatera-

93. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982, Parte XII. Según Hunter, Salzman y Zaelke, las normas del derecho del mar, e incluso las normas del derecho de los tratados, eran materias de costumbre internacional antes de su codificación en el siglo XX, en la época en la que la costumbre era el medio más importante para la creación del derecho por parte de la comunidad internacional. Ver Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 23, p. 314.
94. Carr, Craig L. y Scott, Gary L., "Multilateral Treaties and the Environment: A Case Study in the Formation of Customary International Law", en *Denver Journal of International Law & Policy*, 1998-1999, (27), pp. 313-335, p. 314.
95. *Ibid*., pp. 324-331.
96. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, citados por Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 114.

les, siendo esta actitud una muestra de la práctica estatal y de la consideración de obligatoriedad de la norma de conducta en las relaciones entre los Estados.

Sin embargo, debe precisarse que los trabajos preparatorios de los tratados multilaterales, así como las discusiones durante su negociación, son un mecanismo eficaz para probar la *opinio juris*, pero no así la práctica de los Estados, aspecto que en materia ambiental posee algunos matices particulares dada su especificidad y carácter emergente como rama del derecho internacional público.

Entre las formas de probar la práctica estatal, pueden ubicarse la legislación nacional, las decisiones de las Cortes nacionales, las declaraciones de los gobiernos proferidas ante organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, etc. Sin embargo, la práctica estatal está constituida por acciones concretas, políticas efectivas y materiales que adopten los Estados con respecto a determinada materia. Ésta, aunada a la *opinio juris* o posición que tengan los mismos en campos específicos, conformarán los elementos requeridos para el surgimiento de la costumbre internacional.

Según Guruswamy y Hendricks, la práctica estatal en el derecho internacional ambiental puede ser confirmada por medio de algunos hechos particulares: legislación nacional, notas diplomáticas, declaraciones y votos de los gobiernos ante organizaciones internacionales y foros de las más variadas clases, ratificación de tratados que contienen la obligación en cuestión, las opiniones de consultores legales, opiniones legales de académicos y juristas como la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[97].

No obstante, en el campo ambiental la práctica de los Estados es aún incipiente y se encuentra en una fase de constitución y fortalecimiento, influida por los recientes desarrollos en el campo del derecho internacional ambiental; las ratificaciones a los principales tratados internacionales en materia ambiental se encuentran aún en fase de constitución, por lo cual la *opinio juris* ha sido el elemento determinante para la fijación del surgimiento de una norma de costumbre internacional.

Como pudo corroborarse en el *Trail Smelter case*, fue la *opinio juris* de un tribunal arbitral, reiterando un precedente de una Corte de Estados Unidos, el factor

97. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 26.

que determinó el nacimiento de la norma de costumbre internacional[98]; sin que existiera práctica reiterada por parte de los Estados, surgió una nueva norma consuetudinaria en el derecho internacional ambiental, basada en la posición y opinión que se tenía respecto de la contaminación transfronteriza en la jurisdicción norteamericana.

Finalmente, Dupuy pone en consideración el aspecto relativo a la participación en el proceso de formación de la costumbre internacional en el derecho internacional ambiental[99]. Sin duda, como se mencionó en otro capítulo de este libro[100], el derecho internacional ambiental ha sido constituido en gran parte por sujetos internacionales distintos a los Estados –que han sido los actores tradicionales- como las organizaciones no-gubernamentales y los sujetos interesados y afectados con las decisiones tomadas en el plano ambiental, quienes han determinado el comportamiento de los Estados a nivel internacional respecto a la adopción de declaraciones de principios, tratados, convenciones, protocolos, etc., aportando su conocimiento científico y de veeduría para el cumplimiento de los compromisos acordados.

Por esta razón, de acuerdo con Dupuy, este comportamiento de los actores no estatales puede llegar a constituir una fuente importante para la determinación de la *opinio juris* alrededor de alguna materia específica; la mayoría de veces esta *opinio juris* es aceptada con posterioridad por parte de los Estados, por medio de la ratificación de los tratados y declaraciones ante distintas organizaciones internacionales. Por consiguiente, de acuerdo con este autor, considerando que el desarrollo de normas de derecho internacional no sólo es un fenómeno legal, sino social, y que las organizaciones internacionales forman parte de la comunidad internacional, la conducta de estas organizaciones puede contribuir a la formación de la *opinio juris*, elemento esencial para el establecimiento de la costumbre internacional[101].

En conclusión, la costumbre internacional es aún una fuente emergente en el derecho internacional ambiental; supeditada a la ausencia de regulación de la materia por medio de tratados y convenciones internacionales, la costumbre en materia ambiental ha adoptado unas particularidades que la especializan en el campo del derecho internacional público, pese a acogerse y respetar las reglas generales.

98. Cfr. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 109.
99. Ver Dupuy, Pierre-Marie, óp. cit., *supra* nota 79, pp. 450-456.
100. Ver Capítulo I. Instituciones del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. Desafíos impuestos por el Derecho Internacional Ambiental al derecho internacional clásico.
101. Dupuy, Pierre-Marie, óp. cit., *supra* nota 79, p. 465.

En esta medida, y de acuerdo con una posición progresista, debe promoverse el posicionamiento de las disposiciones de protección y conservación del medio ambiente que se han desarrollado hasta el momento, induciendo a los Estados y demás sujetos de derecho internacional a comportarse en este sentido y a considerar tales conductas como reglas de derecho, como ha sucedido con algunos principios y normas de *soft law* que ahora gobiernan el derecho internacional ambiental.

Parte III. Principios generales de derecho

Además de los tratados y la costumbre internacional, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia consagró otra fuente principal de derecho internacional. Al respecto, el artículo 38 de esta normatividad estableció que:

> "*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
> *(…)*
> "*c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*"[102].

Desde un plano general, una buena caracterización de los principios puede partir del paralelo planteado por Dworkin entre principios generales y reglas de derecho, basado en que los primeros "*do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met*"[103]. En contraste con ellos, las reglas "*are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*"[104]. En este orden de ideas, la particularidad de los principios consiste en ser preceptos generales que no poseen una consecuencia jurídica directa previamente definida y aplicable a un caso, sino que sirven de parámetros generales para el esclarecimiento de una posible solución a una determinada controversia.

En el campo particular del derecho internacional, existen varias opiniones acerca del papel y características que cumplen los principios generales de derecho. Algunos autores han dicho que se trata de "conceptos de Derecho Natural", los cuales subyacen al sistema de derecho internacional y constituyen el método

102. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1) (c).
103. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1997, p. 25. "*no establecen consecuencias legales generadas automáticamente cuando las condiciones previstas son satisfechas*".
104. *Ibid*., p. 24. "son aplicables en todo o nada. Si los hechos que una regla estipula son dados, entonces, la regla es válida o no lo es, en el primer caso la respuesta que esta provee debe ser aceptada, en el segundo, no contribuye a la decisión".

para probar la validez de las reglas positivas[105]; para otros, particularmente los positivistas, los principios son un subtítulo bajo los tratados y la costumbre, sin la capacidad de adicionar algo nuevo al derecho internacional, a menos que refleje el consentimiento de los Estados[106].

No obstante, pese a la existencia de estas distintas concepciones, en la actualidad se consideran los principios como una fuente autónoma de derecho internacional, con las características propias generales mencionadas por la doctrina, consistentes en la creación, interpretación e integración del derecho[107]. En este sentido, además de dar origen a nuevas disposiciones, tienen la facultad de servir como criterio interpretativo útil y necesario para resolver las situaciones oscuras o no previstas por las normas positivas y para completar las distintas reglas jurídicas existentes, logrando hacer del derecho -en este caso en su rama internacional- un todo armónico y coherente.

Por otro lado, debe mencionarse que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no distingue entre el tipo de principios que son considerados como fuente de derecho internacional. De esta manera, en esta categoría quedan incluidos tanto los que se han esbozado a nivel de las relaciones internacionales, como los que gobiernan, generalmente, las relaciones jurídicas[108]. Esta interpretación no se encuentra en contradicción con el derecho internacional y, por el contrario, promueve una visión más completa e integral del mismo, haciéndolo sujeto y objeto de los distintos enfoques y normas generales que propongan diferentes sistemas jurídicos del mundo.

Sin embargo, su papel y obligatoriedad prácticos han sido objeto de discusión en el derecho internacional[109]. Por un lado, puede decirse que las únicas fuentes vinculantes y realmente creadoras del derecho internacional son los tratados y la costumbre, dado que son los mecanismos que ofrecen un mayor grado de certeza en torno a las reglas acordadas por los Estados en ciertas áreas del derecho internacional. Sin embargo, también se ha dicho que la ausencia de decisiones a nivel internacional y de métodos legales que respondan a nuevas situaciones, no contempladas con anterioridad, han otorgado a los principios generales la función de cubrir lagunas en derecho internacional y resolver los problemas relacionados con normas oscuras o *non liquet*[110].

105. Ver Lauterpacht, "Private Law Sources"; Waldock, "General Course"; Jenks, "The Common Law of Mankind"; y Juez Tanaka (opinión disidente) en *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, entre otros, citados por Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, pp. 93-94.
106. Ver Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 94.
107. Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1993.
108. Ver Thirlway, Hugh, óp. cit., *supra* nota 75, p. 128.
109. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 116.
110. Ver Stone, "Of Law and Nations"; Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of Non Liquet and the Completeness of the Legal Order"; entre otros, citados por Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 93.

A juicio de algunos autores, esta última posición ha primado en el derecho internacional, planteando que, tradicionalmente, los principios generales del derecho no han sido considerados como una fuente importante de derecho y sólo han sido utilizados de forma intersticial para llenar algunas pequeñas lagunas en aspectos procesales y no sustanciales[111]; de esta forma, se dice que su papel ha sido marginal y ha consistido principalmente en cubrir los campos no regulados por los tratados y la costumbre internacional.

En la práctica, esta posición ha sido corroborada por la Corte Internacional de Justicia[112], invocando en algunos fallos los principios generales como un argumento más de la decisión pero no como su única base[113]; la práctica de este alto tribunal sugiere que sólo tiene en cuenta los que pueden ser deducidos o inducidos de los tratados y la costumbre internacional o que han sido instituidos por los Estados al establecer estándares básicos de conducta en la sociedad internacional[114].

A pesar de esta tendencia constatada en el derecho internacional general, algunos principios han ganado un reconocimiento especial y juegan un papel importante en el campo del derecho internacional ambiental[115]. Tal es el caso del principio de la *bona fide*, mencionado en el fallo de los Ensayos Nucleares realizados por Francia en el Pacífico y de gran trascendencia en materia internacional ambiental:

> "*One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international cooperation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of* pacta sunt servanda *in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected*"[116]

El principio de la buena fe ha sido, a su vez, la fuente de muchos otros principios de gran importancia para el derecho internacional ambiental. Al respecto, vale la pena mencionar los de abuso del derecho, el del respeto de los intereses comunes (reflejado en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de la

111. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 32 y Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 8.
112. *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, pp. 4, 6.
113. Cassese, Antonio, *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 174.
114. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 20.
115. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 116.
116. *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253 y *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 473, par. 49. "*Uno de los principios básicos que gobiernan la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el principio de la buena fe. La confianza y la seguridad son inherentes en la cooperación internacional, en particular en una época donde esa co-operación en muchos aspectos ha venido siendo cada vez más esencial. Tal como la regla del pacta sunt servanda en el derecho de los tratados está basada en la buena fe, también es de carácter vinculante una obligación internacional asumida por una declaración unilateral. Los Estados interesados pueden tener en cuenta las declaraciones unilaterales y confiar en ellas y están autorizados para exigir que las obligaciones así creadas sean respetadas.*" (traducción no oficial) (cursiva fuera de texto).

Declaración de Río), la obligación de reparar por el incumplimiento de un compromiso, el de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa (*nemo auditur propiam turpitudinem alegans*) y el de que nadie puede ser juez en su propio caso (*nemo ese iudex in sua causa potest*), así como elementales consideraciones de humanidad y los principios fundamentales generales del derecho internacional humanitario[117].

Además de los anteriores, otros conceptos generales guardan una estrecha relación y una aplicación directa en el derecho internacional ambiental[118]. Entre ellos puede mencionarse la *equidad*, cuyo papel ha cobrado importancia teniendo en cuenta las desigualdades presentes en el sistema de límites internacionales para obtener una distribución equitativa de los recursos[119]. La amplia brecha existente entre países industrializados y en vías de desarrollo, ha puesto de relieve la importancia y utilidad de aplicar criterios de equidad en la resolución de los casos, permitiendo a todas las naciones aprovechar el medio ambiente con criterios de sostenibilidad[120] y con espíritu de cooperación.

Cabe destacar que los principios generales han sido una de las fuentes más importantes para el desarrollo del derecho internacional ambiental[121]. Desde el origen de la moderna regulación internacional de protección del medio ambiente, la adopción de "Declaraciones de Principios" ha sido constante y ha estado a la orden del día como un importante suceso en que se recoge la voluntad de los Estados, sirviendo como antesala de la conclusión de tratados de carácter medioambiental. En este sentido, pueden citarse la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, las cuales consagran normas de carácter general, sin fuerza jurídica obligatoria para los sujetos de derecho internacional, aunque consagran objetivos que deben ser perseguidos por los Estados y que deben ser desarrollados en instrumentos jurídicos –tratados, convenciones, convenios, etc.- con el fin de que adquieran carácter vinculante y generen obligaciones para la comunidad de Estados[122].

Algunos de estos principios, como se estudiará con posterioridad, son conceptos emergentes en el derecho internacional ambiental[123], considerados como simples instrumentos de *soft law*, sin implicar obligaciones vinculantes para los Estados; otros han adquirido el estatus de normas de costumbre internacional, gozando

117. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, pp. 151-152.
118. Una completa exposición de las características esenciales de los principios generales en el derecho internacional y en la normatividad internacional ambiental puede encontrarse en Beyerlin, Ulrich, "Different Types of Norms in International Environmental Law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 19, pp. 425-448.
119. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 119.
120. Al respecto, puede citarse la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, suscrita en Nueva York en mayo 27 de 1997, la cual regula el uso equitativo y razonable de los cursos de agua compartidos por dos o más países.
121. *Ibid*., p. 118.
122. En el Capítulo IV, relativo a los Principios del Derecho Internacional Ambiental, desarrollado en este libro, se mencionan algunos de los tratados y convenciones más importantes en materia internacional ambiental, en los cuales se consagran algunos de los principios generales como normas vinculantes o por medio de reglas prácticas que buscan hacerlos operativos y realizables por los Estados Parte.
123. Ver Atapattu, Sumudu Anopama, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York, 2006.

de una *opinio juris* generalizada y de una práctica estatal que continúa extendiéndose, como el de *not to cause transboundary harm* o no causar daños al medio de otros países o zonas situadas más allá de toda jurisdicción nacional[124], impulsado desde el fallo del *Trail Smelter case*[125].

En síntesis, pese a las discusiones teóricas planteadas alrededor del tema, los principios generales representan un importante potencial para el futuro desarrollo del derecho internacional ambiental[126]. Como ha sido constante en su evolución, éstos emergen como la fuente esencial para el impulso de nuevos mecanismos, instrumentos y comportamientos aceptados por los países como normas vinculantes, contribuyendo a la permanente consolidación de las normas de conservación ambiental. El papel desempeñado por los principios generales cobra, entonces, en el área del derecho internacional ambiental un carácter fundamental, de primer orden, con la importante función de estimular la creación de nuevas reglas obligatorias, de un lado, y la interpretación y concreción de los propósitos y objetivos que ha venido impulsando la comunidad internacional en la materia, del otro lado.

Parte IV. Fuentes auxiliares

Además de las fuentes de derecho internacional citadas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también consagra las denominadas "fuentes auxiliares", aplicables cuando no exista una respuesta concreta en las fuentes ya estudiadas. Al respecto, establece el Estatuto que:

> "*La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*
> *(…)*
> "*d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59*"[127].

1. Jurisprudencia

A pesar de no ser considerada fuente principal de derecho, las decisiones judiciales internacionales juegan un papel destacado en el desarrollo y observancia del

124. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 118.
125. Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 82, p. 1965.
126. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 14, p. 32.
127. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1) (d).

derecho internacional. Como se analizará, algunas de ellas han llegado a representar hitos destacados en el desarrollo de teorías que han servido para la adopción de tratados internacionales y la consolidación de planteamientos substanciales de derecho internacional ambiental.

La importancia de la jurisprudencia radica en que es considerada, en algunos casos, como "evidencia autorizada del estado de la ley"[128]. También se le ha otorgado la cualidad de ser "la forma más notable de interpretación del Derecho"[129], especialmente a raíz del auge inusitado de las Cortes y tribunales internacionales a lo largo del siglo XX, comenzando por la Corte Permanente de Justicia Internacional y su ulterior transformación en Corte Internacional de Justicia.

El citado artículo 38 del Estatuto de la CIJ es claro en atribuirle la función de ser un medio para la determinación de las reglas de derecho. Salvo lo dispuesto en el artículo 59 del mencionado Estatuto, que dispone que "*la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha decidido*"[130], la jurisprudencia está desprovista de obligatoriedad, de la fuerza vinculante que poseen las fuentes principales de derecho, como las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho.

Esta falta de carácter vinculante de la jurisprudencia para los sujetos de derecho internacional, ha suscitado el cuestionamiento del papel de los principales órganos judiciales del derecho internacional. Sin embargo, no puede desconocerse que algunas decisiones de la Corte Internacional de Justicia -tomadas por, o casi, por unanimidad- han impulsado, en numerosas oportunidades, importantes desarrollos en el derecho internacional[131]. Casos como el de la Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas[132], que reconoció la personalidad jurídica de las Naciones Unidas y otras instituciones internacionales, en ciertos casos; el del Genocidio[133], que clarificó el estatus de las reservas de los tratados; el de las pesquerías noruegas[134], en que se estableció el rol de la objeción constante de prevenir la formación de nueva costumbre internacional durante su período de cristalización; o el caso del Lotus[135], que impulsó la posterior adopción de las Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar en 1958, han constituido, sin duda, importantes precedentes del papel significativo que ha jugado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en la evolución del derecho internacional[136].

128. Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, p. 19.
129. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 123.
130. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 59.
131. Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, p. 20.
132. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p.* 174.
133. *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.*
134. *Fisheries case*, *supra* nota 64.
135. The Case of The S.S. Lotus, Collection of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. –No. 10, September 7th, 1927, p. 18.
136. Al respecto ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 21 y Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 104.

Por otra parte, ante la carencia de fuerza vinculante de la jurisprudencia internacional, se ha planteado la cuestión de la obligatoriedad del precedente para la misma Corte Internacional de Justicia. Si bien no existe un mandato legal que obligue a la Corte a respetar lo planteado con anterioridad en su resolución de los casos y en la emisión de opiniones consultivas, este órgano judicial se ha esforzado en mantener una cierta consistencia judicial[137]. En otras palabras, pese a no estar atada por el precedente -lo cual está respaldado por el mencionado artículo 59 de su Estatuto-, es raro encontrar una variación sustancial en la posición de la Corte Internacional de Justicia; guarda una coherencia que le ha permitido elucidar la solución a posteriores controversias sometidas a su estudio[138].

Diez de Velasco describe dos funciones destacadas de la jurisprudencia internacional: como *elemento de interpretación* y como *medio de prueba*[139]. Por un lado, la jurisprudencia es el resultado del principal papel que poseen los jueces, el de interpretar lo que se encuentra prescrito en la ley, "*diciendo el derecho existente y no legislando, precisando el sentido y, en ocasiones, constatando su evolución*"[140].

Por otro lado, la jurisprudencia se constituye en el medio de prueba de la existencia de las normas de derecho internacional, sirviendo para proclamar los principios fundamentales existentes de este ordenamiento y extendiendo las soluciones ya proporcionadas por las reglas convencionales o de costumbre internacional[141].

Es preciso mencionar que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no distingue algún tipo de jurisprudencia en particular, limitándose a mencionar de manera general "*las decisiones judiciales*" como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho[142]. Esto es, en esta disposición quedan contenidas tanto las decisiones dictadas por Cortes internacionales como por Cortes nacionales, municipales y tribunales ad-hoc.

Esta consideración tiene, en la práctica, consecuencias importantes. Por un lado, las decisiones de las Cortes nacionales, aunque no posean el mismo peso y significancia que la jurisprudencia de las Cortes internacionales, se han constituido en una valiosa fuente de información sobre las prácticas estatales en determinadas áreas, al punto de aportar los elementos necesarios que prueban la existencia de una norma consuetudinaria[143].

137. Brownlie hace un breve recuento de ciertos precedentes reiterados por la propia Corte Internacional de Justicia en casos similares. Ver Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, p. 21.
138. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 104. Este comportamiento de la CIJ ha permitido, además, fortalecer la confianza de los Estados en las decisiones de la Corte Internacional, quienes esperan que los casos que guarden estrecha semejanza sean desatados de manera similar. Ver Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 124.
139. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 123.
140. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* nota 86.
141. Miaja de la Muela, Adolfo, citado por Diez de Velasco Vallejo, Manuel, óp. cit., *supra* nota 2, p. 123.
142. Ver Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 104.
143. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 21.

De otro lado, algunas materias resueltas por las Cortes nacionales guardan relación con las controversias estudiadas por las Cortes internacionales. Al respecto, han sido útiles para la jurisprudencia internacional las decisiones proferidas por las Cortes en Estados Unidos y Suiza, al desatar disputas de carácter fronterizo entre los propios Estados de la Unión o de la Confederación Helvética[144]. Además, temas como el reconocimiento de la beligerancia, la sucesión de Estados, la inmunidad soberana y diplomática, la extradición y los crímenes de guerra han sido desarrollados a profundidad por las Cortes nacionales, representando la principal fuente de información para las instancias judiciales internacionales[145].

Algunas de las decisiones proferidas por los principales órganos judiciales de derecho internacional han tenido una relevancia directa en relación con las cuestiones ambientales. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos, del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar y de algunos tribunales arbitrales establecidos para casos específicos, se ha ocupado, extensa y específicamente, de temas que han constituido los cimientos del derecho internacional ambiental[146].

Históricamente, los primeros fallos fueron dictados por tribunales ad-hoc creados para decidir casos específicos. Entre ellos sobresalen el *Pacific Fur Seals Arbitration* o *Bering Sea Arbitration* en 1893, primero que se conoce específicamente en materia internacional ambiental; posteriormente el *Trail Smelter Case* en 1941 y el *Lac Lanoux Arbitration* en 1957.

En una etapa posterior, la Corte Internacional de Justicia comenzó a jugar un papel más activo en el estudio de las cuestiones medioambientales a través de su jurisprudencia. Las decisiones dictadas en el *Caso del Canal de Corfú* en 1949, los *Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte* en 1969, los *Casos de las Pesquerías islandesas* en 1974, el *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares* en 1974, el *Caso de la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado* en 1996 y el *Caso Gabčíkovo-Nagymaros* en 1997, constituyen un cuerpo jurisprudencial importante en la materialización, concreción y garantía del cumplimiento de los compromisos legales adquiridos por los Estados a través de instrumentos de derecho internacional con repercusiones ambientales.

144. Ver Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 105.
145. Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, p. 22.
146. Algunas de estas decisiones son citadas por Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 21.

De manera sucinta se expondrán los aspectos más relevantes de los casos mencionados, haciendo un breve recuento de los hechos que suscitaron la controversia y las reglas adoptadas para su resolución por la Corte Internacional de Justicia y los tribunales arbitrales, así como sus principales aportes al derecho internacional ambiental.

a. Jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc

1) Caso Pacific Fur Seals (*Pacific Fur Seals Arbitration*) (1893)

Este arbitraje tuvo como objetivo resolver el conflicto presentado entre Estados Unidos y el Reino Unido, acerca de la titularidad del derecho para adoptar decisiones concernientes a la protección y caza de osos marinos que frecuentaban el Mar de Bering e islas cercanas en el Pacífico Norte, toda vez que eran objeto de la destrucción y exterminación indiscriminada, producto de su sobreexplotación[147].

A pesar de que se habían promovido algunas negociaciones al respecto, principalmente por Estados Unidos, el conflicto se originó con ocasión del arribo, en 1886 y 1889, de algunos navíos británicos dedicados a la caza de osos marinos en el Mar de Bering, más allá de la línea de tres millas del mar territorial de los Estados Unidos.

Agotadas las etapas de arreglo directo entre las partes se celebró, el 29 de febrero de 1892, un tratado entre Estados Unidos y el Reino Unido con el fin de someter el diferendo a un tribunal arbitral internacional constituido para resolver el caso específico. Se solicitó a este tribunal que definiera si la jurisdicción sobre el Mar de Bering estaba en cabeza de Rusia, Reino Unido o Estados Unidos, y si este último tenía el derecho de protección o propiedad sobre los osos marinos que frecuentaban las islas de su territorio en el Mar de Bering, cuando tales especies se encontraran por fuera de las tres millas de su mar territorial[148].

Estados Unidos argumentó la posibilidad que le asistía de velar por la protección y conservación de estas especies, aún por fuera de su territorio. Por el contrario, el Reino Unido arguyó que el Mar de Bering es una porción de mar abierto a todas las naciones del mundo para que gocen de los derechos de pesca y navegación[149].

147. Pacific Fur Seals Arbitration, Judgement of 15 August 1893, 1 Moore's International Arbitral Awards 755.
148. Ver Williams, William, "Reminiscences of the Bearing Sea Arbitration", en *The American Journal of International Law*, 1943, (37), pp. 562-584.
149. Pacific Fur Seals Arbitration, *supra* nota 147.

Al respecto, los árbitros decidieron que Estados Unidos no gozaba de este derecho de protección y propiedad cuando estas especies se encontraran fuera de su mar territorial. En su remplazo, el tribunal estableció algunas medidas tendientes a lograr la conservación y preservación de los osos marinos cuando se encuentren más allá de toda jurisdicción nacional, como el establecimiento de temporadas en las cuales está prohibida su caza, la limitación en el empleo de métodos y medios en tales actividades -como el uso de redes, armas de fuego y explosivos-, y la obligación de los gobiernos de controlar la idoneidad de los cazadores de osos marinos. Así mismo, estableció la prohibición para el Reino Unido y Estados Unidos de autorizar el asesinato, captura y persecución de estas especies dentro de la zona de las sesenta millas alrededor de las Islas Pribilov, entre el 1 de mayo y el 31 de julio inclusive[150].

De igual manera, la decisión respaldó el principio de libertad absoluta para pescar en Alta mar, desvirtuando la posibilidad para los Estados costeros de tener jurisdicción sobre los recursos vivos marinos de la Alta mar. Tal jurisdicción para expedir y reforzar la legislación sobre la conservación de estos recursos se encontraba exclusivamente en cabeza del Estado que había autorizado a un barco el derecho de navegar bajo su bandera[151].

Por último, los árbitros adoptaron una Declaración Suplementaria sobre la caza de osos marinos dentro de los límites territoriales de cada Estado, recomendando llevar a cabo una suspensión de esta actividad por dos o tres años, en razón a la crítica condición en que se encontraba la población de estas especies[152]. Ni Estados Unidos ni el Reino Unido acataron esta recomendación.

Sands subraya tres razones por las cuales este caso es importante como precedente para el derecho internacional ambiental: primero, refleja las dificultades inherentes a la conservación de los recursos naturales que están por fuera de la jurisdicción de cualquier Estado; segundo, impulsa un temprano desarrollo de técnicas legales en busca de la preservación de los recursos naturales compartidos; y, tercero, deja claro el destacado rol que juegan las Cortes internacionales en la resolución pacífica de las controversias[153].

Además, las regulaciones contenidas en esta decisión fueron acogidas por tratados en 1911[154], 1942[155] y 1957[156], y éstos, a su vez, introdujeron disposiciones innovadoras en

150. *Ibid*.
151. *Ibid*.
152. Declaración 11, *Ibid*., 856.
153. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, pp. 561-562.
154. Tratado para la Preservación y Protección de las Focas Pelagenas, celebrado entre Canadá, Japón, Rusia y Estados Unidos, Washington, julio 7 de 1911.
155. Tratado Provisional sobre Osos Marinos, Washington, diciembre 19 de 1942.
156. Convención interina sobre la conservación de las focas de pelo fino del Pacífico Norte, Washington, febrero 7 de 1957.

el tema, tales como establecer un límite para la caza de estas especies y el compromiso de que los Estados dedicados a la caza y por la vía de la compensación, transferirían un cierto número de pieles de focas a las demás partes de dichos tratados[157].

Dicho esfuerzo fue además continuado, en el plano legislativo, por la realización de las Convenciones sobre la Caza de Ballenas de 1931[159] y 1937[160] y Convención sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Biológicos de la Alta Mar.[161]

2) Caso Trail Smelter (*Trail Smelter Case*) (1941)

Esta controversia tuvo su origen en los daños causados sobre los cultivos, pastos, árboles y agricultura en el Estado de Washington por las emisiones de dióxido de sulfuro que generaba una planta de fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company of Canada at Trail, British Columbia, Canadá[162]. Estas emisiones habían aumentado considerablemente desde el año 1906, razón por la cual se decidió someter la cuestión a la Comisión Conjunta Internacional de Estados Unidos y Canadá, bajo el auspicio del Tratado de Aguas Fronterizas que había sido suscrito entre los dos países en 1909[163].

Reunida desde agosto 7 de 1928, esta Comisión profirió una decisión el 28 de febrero de 1931, otorgando a Estados Unidos la suma de US$350.000 como indemnización por los daños sufridos hasta enero de 1932, y recomendó a la fundición canadiense que hiciera uso de los equipos necesarios para reducir las emisiones de dióxido de sulfuro[164].

Sin embargo, en febrero de 1933, Estados Unidos presentó nuevamente una reclamación por la ocurrencia de daños con posterioridad a enero de 1932, aduciendo la vulneración de lo decidido años antes por la Comisión Conjunta Internacional. Esta nueva controversia condujo a la firma de un tratado entre los dos Estados, por medio del cual se disponía someter el diferendo ante un tribunal arbitral internacional compuesto por tres árbitros, asistidos por dos científicos designados por los dos Estados[165].

La principal cuestión que debía ser resuelta por el tribunal era establecer si la fundición canadiense había causado daños a partir de enero de 1932 y, en caso de ser

157. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 565.
159. Convención sobre la Caza de Ballenas, Ginebra, septiembre 24 de 1931.
160. Convenio para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, Londres, junio 8 de 1937, modificado por el Protocolo a la misma, Londres, junio 24 de 1938.
161. Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de la Alta Mar, Ginebra, abril 29 de 1958.
162. Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 82.
163. Tratado de Aguas Fronterizas entre Estados Unidos-Canadá, Washington, enero 11 de 1909.
164. Al respecto ver la página web oficial de la Comisión http://www.ijc.org/en/home/main_accueil.htm (consultada en agosto 11 de 2008).
165. Convención para el arreglo final de las dificultades originadas a través de las reclamaciones de daños causados en el estado de Washington por humos residuales vertidos de la fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company, Trail, British Columbia, Estados Unidos-Canadá, Washington, abril 15 de 1935.

afirmativo, establecer un monto para la reparación a Estados Unidos, así como determinar las medidas o el régimen que debería adoptar la fundición con el fin de evitar la comisión de futuros perjuicios[166].

El tribunal encontró que estaban probados los daños causados por la fundición canadiense, condenando a dicha empresa al pago de US$78.000 –muy por debajo de los US$ 1.849.156,16 e intereses de US$250.855,01 que pretendía Estados Unidos- como indemnización por los perjuicios generados entre el 1° de enero de 1932 y el 1° de octubre de 1937, e imponiendo a la fundición la adopción de un régimen adecuado de información sobre los efectos que causara el desarrollo de sus actividades industriales[167].

El aporte más significativo que este caso hizo al derecho internacional ambiental consistió en dilucidar los aspectos fundamentales del tema de la contaminación transfronteriza. A este respecto, el tribunal de arbitramento estableció, en la más famosa sentencia de todo el derecho internacional ambiental[168], que:

> "(…) *under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no state has the right to use o permit the use of territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*"[169].

Esta decisión, adoptada en el laudo, afirmó la regla de costumbre de la "buena vecindad" que debe guiar la celebración de acuerdos bilaterales entre dos países cercanos geográficamente[170], y atrajo la atención del mundo sobre el problema de la contaminación transfronteriza del aire. Con la suscripción del primer tratado en la materia en 1979[171], y su posterior actualización en 1992[172], se concretó la preocupación de todos los países por controlar las actividades que causaban este tipo de contaminación, y regular las consecuencias y los efectos negativos que ocasionaran estas conductas[173].

Finalmente, como ya se ha anotado, esta decisión representó un hito fundamental en el derecho internacional ambiental, al dar origen a la norma de costumbre internacional consistente en el derecho soberano que poseen los Estados de

166. Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 82.
167. *Ibid*.
168. Nanda, Ved Prakash y Pring, George, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century*, Transnational Publishers, New York, 2003, p. 226.
169. Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 82, p. 1965. "(…) *bajo los principios del derecho internacional, así como de la ley de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños por razón de emanaciones en el territorio o hacia el territorio de otro Estado o a la propiedad o personas que allí se encuentren, cuando se trata de ser un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente*".
170. Rowlands, Ian H., "Atmosphere and Outer Space", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 19, pp. 315-336, p. 319.
171. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, *supra* nota 40.
172. Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, Helsinki, marzo 17 de 1992.
173. Para una mayor información sobre aspectos técnicos del Trail Smelter Case y un estudio comparado con otros casos similares ver Hess, Gerald F., "The Trail Smelter, the Columbia River, and the Extraterritorial Application of CERCLA", en *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2005-2006, (18), pp. 1-56.

aprovechar sus propios recursos y la prohibición que recae sobre ellos de causar daños al medio de otros Estados o zonas situadas por fuera de toda jurisdicción nacional[174].

3) Caso Lago Lanoux (*Lac Lanoux Arbitration*) (1957)

Este conflicto tiene su origen en la proposición del gobierno francés de autorizar la construcción de una represa hidroeléctrica utilizando el agua del lago Lanoux, que alimentaba en un 25% las aguas del lago Carol, del cual se beneficiaban algunas poblaciones españolas. Según el proyecto, las aguas serían utilizadas y desviadas de forma tal que kilómetros más adelante retornarían para el uso de campesinos y agricultores españoles[175].

El problema giró en torno a la interpretación y aplicación de lo dispuesto en los Tratados de Delimitación celebrados entre los dos países, concluidos en Bayona en Diciembre 2 de 1856, abril 14 de 1862 y mayo 26 de 1866, junto con su Acta Adicional de la misma fecha, en los cuales se establecieron reglas claras sobre la soberanía y debida utilización de las corrientes de agua existentes entre los dos países[176].

El lago Lanoux se encuentra en territorio francés, razón por la cual, conforme a lo establecido en los mencionados tratados, la titularidad sobre su aprovechamiento se encontraba en cabeza del Estado francés. No obstante, España adujo que la facultad que posee cada Estado de realizar trabajos públicos debe estar necesariamente subordinada al acuerdo con el otro Estado, si con ellos se afectan el régimen y curso de los ríos causando con ello perjuicios a los ribereños del otro Estado[177].

Al desatar la controversia, el tribunal concluyó que en ningún momento estaba comprobado que la frontera española sufriría una disminución del nivel de agua para la satisfacción de sus necesidades, lo cual estaría garantizado por la desviación y compensación en la distribución del agua. Además, este procedimiento no generaba cambios drásticos en la composición del agua, de forma que amenazara la supervivencia de las poblaciones afectadas[178].

Según el tribunal, "(…) *on ne trouve ni dans le Traité et l'Acte additionnel du 26 mai 1866, ni dans le droit international commun une règle qui interdise à un Etat, agissant pour*

174. Ver Parte II de este capítulo, relativa a la "Costumbre internacional".
175. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317.
176. *Ibid.*, p. 288.
177. *Ibid.*, p. 296.
178. *Ibid.*, p. 303.

la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin"[179], lo cual se ha materializado posteriormente en el desarrollo y evolución del principio de prevención[180].

El tribunal argumentó, además, que obligar a un Estado a suscribir un acuerdo con otros Estados con el fin de ejercer sus competencias, sería una restricción esencial a su soberanía[181]. Incluso, según lo establece el laudo, "(…) *la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord préalable entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit*»[182].

Por último, como aporte directamente relacionado con el derecho internacional ambiental, la decisión indicó los límites impuestos por el derecho internacional para el uso de los recursos naturales compartidos, así como las obligaciones impuestas por él para su conservación y protección. De esta manera, y no obstante lo decidido en el laudo arbitral, según las reglas de la buena fe, los Estados deben emprender negociaciones no sólo de manera formal sino en la búsqueda de llegar a acuerdos que prevengan el surgimiento de eventuales conflictos; además, en estas negociaciones, en las cuales deben considerarse los diferentes intereses en juego, debe intentarse satisfacer de la mejor manera posible a todas las partes que comparten la utilización de los recursos naturales[183].

En el plano normativo internacional, esta decisión fue la antecesora de la adopción de la Convención sobre Corrientes de Agua de 1992[184] y sus Protocolos adicionales de 1999[185] y 2003[186], propuestos por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

b. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

1) Caso del Canal de Corfú (*Corfu Channel Case*) (1949)

Este pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia[187] se originó en el estallido de unas minas explosivas en el canal de Corfú, entre Grecia y Albania, al paso de un crucero y un pequeño barco de guerra de pabellón británico, así como

179. *Ibid.*, p. 305. "*(…) no se encuentra ni en el tratado y acta adicional de 1866, ni en el derecho internacional común, una regla que prohíba a un Estado, que actúa para la salvaguarda de sus intereses legítimos, ponerse en una situación que le permita, de hecho, violando sus compromisos internacionales, perjudicar incluso gravemente a un Estado vecino*".
180. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte I. Principio de acción preventiva.
181. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), *supra* nota 174, p. 307.
182. *Ibid.*, p. 308. "(…) *la regla según la cual los Estados sólo pueden utilizar la fuerza hidráulica de las corrientes de aguas internacionales bajo la condición de un acuerdo previo entre los Estados interesados no puede ser establecida ni a título de costumbre, ni menos aún a título de principio general de derecho*".
183. *Ibid.*, p. 315.
184. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, Helsinki, marzo 18 de 1992.
185. Protocolo sobre el Agua y la Salud al Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, Londres, junio 17 de 1999.
186. Protocolo sobre la Responsabilidad Civil y la Indemnización en caso de Daños causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales en las Aguas Transfronterizas, Kiev, mayo 21 de 2003 (aún no se encuentra en vigor).
187. *Corfu Channel case*, *supra* nota 112.

de una expedición de desmine realizada años antes por parte de las fuerzas británicas. Según Gran Bretaña, la actividad de sus navíos era realizada en ejercicio del derecho de paso inocente, al transitar cerca de las costas albanesas, en un tiempo de paz, como paso obligado entre dos partes de la Alta mar y sin amenazar o intimidar al Estado albanés; además, adujo que Albania pudo haber notificado de la existencia de tales artefactos, teniendo la capacidad para hacerlo, causando graves perjuicios a los navíos británicos con tal omisión[188]. Por su parte, Albania adujo que tales buques sólo tenían derecho a transitar cuando fueran autorizados por el Gobierno albanés, autorización que en ningún momento existió[189].

La Corte Internacional de Justicia, por un lado, encontró que las conductas de incursión en aguas albanesas eran contrarias al derecho internacional, incluso si están basadas en teorías de "auto-protección" o para facilitar la actuación de los órganos previstos para el efecto por el derecho internacional[190]. Sin embargo, acogió las pretensiones del Gobierno británico acerca de la omisión de Albania de avisar a los navíos cercanos a sus costas sobre las minas que protegían su territorio, comportamiento que sería el más ajustado al derecho internacional. Así, oponiéndose al comportamiento lesivo del Estado albanés, la Corte dejó en claro la "(…) *every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*"[191].

Aunque en esta ocasión la Corte no debatió de manera sustancial algún tema directamente relacionado con aspectos medioambientales, sentó un precedente importante para la concepción general y los posteriores desarrollos del derecho internacional ambiental. En particular, aportó un nuevo pronunciamiento para la consolidación de la norma según la cual los Estados tienen el derecho de explotar sus propios recursos y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción, o bajo su control, no perjudiquen al medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, adoptado posteriormente como Principio en la Declaración de Estocolmo[192] y reconocido en la actualidad como regla de costumbre universal[193].

2) Casos de las pesquerías islandesas (*Icelandic Fisheries Cases*) (1974)

El origen remoto de los dos asuntos relacionados con las pesquerías sometido a la Corte en esta oportunidad -uno entre la República Federal de Alemania e

188. *Ibid*., p. 10.
189. *Ibid*., p. 12.
190. *Ibid*., p. 35.
191. *Ibid*., p. 22. "*(…) obligación de cada Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados*".
192. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 81, Principio 21.
193. Beyerlin, Ulrich, *supra* nota 118, p. 439.

Islandia[194] y otro entre el Reino Unido e Islandia[195]- se remonta a la expedición, en 1948, por parte del Parlamento islandés, de una ley sobre la conservación científica de pesquerías de la plataforma continental, estableciendo zonas de conservación controladas por Islandia, en la medida en que fuera compatible con los acuerdos concluidos con los demás países. Posteriormente, en 1952, extendió la zona a 4 millas, lo cual generó la protesta del Estado británico[196] y, en 1958, se expidió una ley que estableció en 12 millas marinas el límite del derecho exclusivo de pesca alrededor de sus costas[197].

Para el año 1961, Islandia había realizado sendos intercambios de notas con la República Federal de Alemania y el Reino Unido, en los cuales aquellos Estados se comprometieron a no objetar la extensión del derecho por parte de Islandia, mientras que ésta se obligaba a notificar a esos Estados cualquier decisión que fuera a tomar en el sentido de alargar la extensión de la zona de pesca exclusiva con un tiempo no menor a seis meses[198].

Sin embargo, en 1971 Islandia manifestó que los acuerdos con la República Federal de Alemania y el Reino Unido llegaban a su fin y que el límite de la zona islandesa de pesca exclusiva sería extendido a 50 millas marinas[199]. Además, en 1972, Islandia expidió otro reglamento prohibiendo la pesca por navíos extranjeros al interior de esta zona[200]. La República Federal de Alemania y el Reino Unido rechazaron esta manifestación de Islandia, argumentando que era contraria al derecho internacional, por lo cual presentaron sendas demandas ante la Corte Internacional de Justicia con el fin de que dirimiera el conflicto conforme con las reglas del derecho internacional.

La primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958, vigente para la época, estableció en sus Convenciones la libertad de navegación y de pesca, las cuales serían ejercidas por todos los Estados, teniendo en cuenta los intereses y derechos de toda la comunidad internacional[201]. No obstante, la extensión del mar territorial y de la competencia del Estado ribereño en materia de pesca no fueron reguladas, aunque se aceptaron dos conceptos como de costumbre internacional: el de la existencia de una zona de pesca entre el mar territorial y la Alta mar, que va hasta las 12 millas, y dentro de la cual el Estado ribereño puede pretender ejercer una competencia exclusiva en materia

194. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175.
195. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3.
196. *Ibid.*, p. 11, par. 21.
197. *Ibid.*, p. 12, par. 23.
198. *Ibid.*, p. 13, par. 27.
199. *Ibid.*, p. 14, par. 28.
200. *Ibid.*, p. 16, par. 33.
201. *Ibid.*, p. 22, par. 50.

de pesca; y el derecho de pesca preferencial en las aguas adyacentes a la zona de pesca exclusiva a favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial con respecto a estas pesquerías[202]. Sin embargo, aunque estos derechos preferenciales gozan de una cierta prioridad, no pueden abolir los derechos concurrentes de otros Estados, más aún cuando la pesca ha hecho parte de los intereses económicos de otros países a través de los años[203].

Estas consideraciones, tenidas en cuenta por la Corte Internacional de Justicia, acerca de la concurrencia de derechos e intereses por varios Estados sobre algunas zonas del mar, tuvieron un importante impacto ambiental. Al respecto, la Corte dejó en claro que las partes interesadas tienen la obligación de estudiar la situación de los recursos pesqueros y de examinar juntos, sobre la base de informaciones científicas y otros datos disponibles, las medidas que imponen la conservación, el desarrollo y la explotación equitativa de tales recursos, teniendo en cuenta todos los acuerdos internacionales que hayan sido suscritos por ellas[204].

Las decisiones proferidas en los dos casos, tanto en sus consideraciones acerca de los límites y divisiones de los mares y océanos, como en la regulación de los derechos que pueden ejercerse sobre ellos por los Estados y las medidas de conservación de los recursos hídricos compartidos, influenciaron la posterior adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS)[205]. De esta manera, en este instrumento se consagraron normas relativas a la conservación de los recursos vivos en la zona económica exclusiva[206], la conservación y administración de los recursos vivos en la alta mar[207] y el aprovechamiento de los recursos de la zona[208], entre otras disposiciones de carácter medioambiental.

3) Casos sobre Ensayos Nucleares

Caso Relativo a los Ensayos Nucleares en el Pacífico (*Nuclear Test Case*) (1974)

Entre 1966 y 1972, Francia llevó a cabo una serie de ensayos nucleares en algunas zonas del Océano Pacífico sur, causando graves impactos negativos so-

202. *Ibid*., p. 23, par. 52.
203. *Ibid*., pp. 27-28, par. 62.
204. *Ibid*., p. 31, par. 72.
205. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 93.
206. *Ibid*., artículos 61 a 68.
207. *Ibid*., Parte VII, sección 2.
208. *Ibid*., Parte XI, sección 3.

bre los territorios adyacentes. Estas prácticas generaron la reacción de países como Australia y Nueva Zelanda, quienes presentaron sendas demandas ante la Corte Internacional de Justicia en las cuales aducían la vulneración de algunos compromisos adquiridos y otras normas de derecho internacional por parte de Francia[209].

De forma paralela a estos procedimientos iniciados ante la Corte Internacional de Justicia, Francia anunció, por vías políticas y diplomáticas, su intención de detener los experimentos nucleares en la atmósfera, una vez terminada la campaña de ensayos de 1974[210]. Esta manifestación unilateral, según lo establece la Corte en sus decisiones, dio origen a obligaciones jurídicas para el Estado francés y no era necesaria ninguna manifestación ulterior para hacerlas efectivas[211].

Estas consideraciones llevaron a la Corte a plantear que no existía controversia en los casos iniciados por Australia y Nueva Zelanda. En efecto, el compromiso adquirido por Francia de no continuar con sus pruebas nucleares en esa región hizo desaparecer el objeto del diferendo y, por consiguiente, despojó a la Corte de su competencia para resolver los casos sometidos a su estudio[212].

No obstante, y a pesar de que Australia y Nueva Zelanda fallaron en su intento de impedir la realización de los mencionados ensayos nucleares ante la Corte Internacional de Justicia, sus pretensiones representaron un gran avance en la comprensión de los efectos adversos que los ensayos nucleares pueden causar a lo largo del tiempo[213].

Estas preocupaciones, aunadas a la contaminación ocasionada por el vertimiento de desechos tóxicos al mar, impulsaron la suscripción de posteriores tratados y la creación de zonas –en diversas regiones del mundo- donde se limitaba o prohibía la realización de ensayos nucleares. En este sentido, se firmaron el Tratado de Tlatelolco para América Latina y el Caribe[214], el Tratado de Rarotonga para el Pacífico Sur[215], el Tratado de Bangkok para Asia Sudoriental[216], el Tratado de Pelindaba para África[217] y el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares[218] con carácter global, el cual dio origen a la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, el 19 de noviembre de 1996[219].

209. *Nuclear Tests (Australia v. France)* y *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *supra* nota 116.
210. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, p. 464, par. 27.
211. *Ibid*., p. 476, par. 59.
212. *Ibid*., p. 476, par. 59.
213. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 14, p. 453.
214. Tratado para la prohibición de armas nucleares en América Latina y el Caribe, México D.F., febrero 14 de 1967.
215. Tratado sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur, Rarotonga, agosto 6 de 1985, en vigor desde diciembre 11 de 1986.
216. Tratado de la creación de zona libre de armas nucleares en el Asia sudoriental, Bangkok, diciembre 15 de 1995, en vigor desde marzo 27 de 1997.
217. Tratado de creación de una zona libre de armas nucleares en África, El Cairo, abril 11 de 1996, (aún no se encuentra en vigor).
218. Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, Nueva York, septiembre 24 de 1996, (aún no se encuentra en vigor).
219. La Organización del Tratado para la Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCEN) tiene su sede en Viena y su objetivo es alcanzar el propósito y fin del Tratado, es decir, garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, incluida la de verificación internacional de cumplimiento del Tratado, y proporcionar un foro de consultas y cooperación entre los Estados Partes. Para mayor información ver http://www.un.org/spanish/Depts/dda/ctbtindex.htm (consultada en julio 22 de 2008).

Caso de la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (*The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) (1996)

Años más tarde, en 1996, el tema de los ensayos nucleares fue nuevamente puesto en discusión ante la Corte Internacional de Justicia. En esta oportunidad, el procedimiento fue iniciado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quien buscaba que la Corte se pronunciara sobre la legalidad o ilegalidad de la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado[220] a través del mecanismo de las "opiniones consultivas", previsto en el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y en el Capítulo IV del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En la opinión consultiva emitida, la Corte abordó el estudio de la amenaza y el impacto que tiene la utilización de las armas nucleares en el medio ambiente. Haciendo referencia a algunas disposiciones contenidas en instrumentos relacionados con la protección del medio ambiente y los conflictos armados (Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles[221], y las Declaraciones de Estocolmo[222] y Río de Janeiro[223]), la Corte dejó en claro que tales regulaciones se aplican en todo momento, sea de guerra o de paz, y serían violadas por el empleo de armas nucleares que tengan efectos extendidos y transfronterizos[224].

Según la Corte, en tiempos de hostilidades, los Estados deben tener en cuenta consideraciones ecológicas cuando decidan lo que es necesario y proporcionado para la persecución de sus objetivos militares legítimos. En palabras de la Corte, "R*espect for the environment is one of the elements that go to assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality*"[225]. Además, con referencia a la regulación de los conflictos armados, manifestó que esta disposición se encuentra en consonancia con los Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949[226] y la Resolución 47/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 25 de noviembre de 1992 titulada "Protección del medio ambiente en período de conflicto armado"[227].

Así mismo, la Corte sostuvo ser consciente de que el medio ambiente está amenazado constantemente y que el empleo de armas nucleares podría constituir

220. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* nota 86.
221. Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, Ginebra, mayo 18 de 1977, en vigor desde octubre 5 de 1978.
222. El Principio 26 de la Declaración de Estocolmo establece que "*Es preciso librar al hombre y a su medio ambiente de los efectos de las armas nucleares y de todos los demás medios de destrucción en masa. Los Estados deben esforzarse por llegar pronto a un acuerdo, en los órganos internacionales pertinentes, sobre la eliminación y destrucción completa de tales armas*". Ver *supra* nota 81.
223. El Principio 24 de la Declaración de Río establece que "*La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario*". Ver *supra* nota 81.
224. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* nota 86, p. 241, par. 27.
225. Ibid., p. 242, par. 30. "*El respeto por el medio ambiente es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción se encuentra conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad*".
226. El artículo 35, numeral 3 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) prohíbe el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Esta disposición se encuentra en plena armonía con el artículo 55 del mismo instrumento que, además, prohíbe realizar ataques contra el medio ambiente natural como represalias.
227. Esta Resolución contiene la opinión general conforme con la cual las consideraciones ecológicas constituyen uno de los elementos que deben ser tenidos en cuenta para la implementación del derecho aplicable a los conflictos armados, precisando que la destrucción al medio ambiente, no justificada por las necesidades militares y teniendo un carácter gratuito, es manifiestamente contraria al derecho internacional vigente. Ver Resolución 47/37 de noviembre 25 de 1992, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

una catástrofe para el medio natural[228]. Igualmente, que el medio ambiente "no es una abstracción", sino el espacio donde viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, así como el bienestar de las generaciones del futuro[229]. Y, acorde con ello, dejó claro que la obligación general de los Estados de que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción deben respetar el medio ambiente de los demás Estados, o los territorios, que se encuentran fuera de toda jurisdicción, hace parte del cuerpo de reglas del derecho internacional ambiental[230].

Las consideraciones de la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva, pusieron en evidencia el consenso que se ha logrado en materia de protección al medio ambiente durante la ocurrencia de conflictos armados y situaciones de hostilidad, en las que puedan emplearse armas nucleares. No obstante, según sostiene la Corte, no está expresamente prohibido el empleo de armas nucleares por el derecho internacional vigente relativo a la protección y salvaguarda del medio ambiente, aunque existan importantes factores de orden ecológico que deben ser tenidos en cuenta en el marco de la implementación de los principios y reglas del derecho aplicable a los conflictos armados[231].

Es notable la importancia que este caso posee en la definición del vínculo existente entre guerra y medio ambiente, aportando importantes consideraciones acerca de la prevención del empleo de algunos métodos que, en el curso de aquélla, pueden perjudicar o amenazar la existencia del medio ambiente. No obstante, es necesario que la comunidad internacional dote estas consideraciones de fuerza vinculante y continúe promoviendo mecanismos pacíficos de solución de controversias, renunciando completamente a las salidas de confrontación bélica, las cuales, cualesquiera sean sus métodos, siempre pondrán en riesgo la supervivencia de la humanidad y del planeta.

4) Caso Gabčíkovo-Nagymaros (*Gabčíkovo-Nagymaros Case*) (1997)

Este caso[232] tiene su origen en la suscripción de un Tratado "relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de exclusas Gabčíkovo-Nagymaros" entre la República Popular de Hungría y la entonces República Socialista de Checoslovaquia, el 16 de septiembre de 1977, por medio del cual los dos Estados preten-

228. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* nota 86, p. 241, par. 27.
229. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, "*the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*". Ver Ibid., pp. 241-242, par. 29.
230. *Ibid.*, p. 242.
231. *Ibid.*, p. 243, par. 34.
232. *Gabčíkovo – Nagymaros Project, (Hungary / Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

dían lograr una amplia utilización de los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del río Danubio, con el fin de desarrollar los sectores hidráulico, energía, transporte, agricultura y otros aspectos de la economía nacional de las Partes contratantes[233].

A raíz de una serie de críticas suscitadas al interior de Hungría, el Gobierno de este país decidió suspender los trabajos del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros en 1989, esperando la realización de diversos estudios que serían emprendidos por las autoridades húngaras. Finalmente, los trabajos de construcción del sistema de exclusas fueron abandonados en octubre de 1989[234].

De manera alternativa, Checoslovaquia propuso que se desviara el Danubio a fin de poder continuar con la obra. De esta forma, pese a que el 25 de mayo de 1992 Hungría transmitió al Gobierno de Checoslovaquia una nota verbal poniendo fin al Tratado de 1977, el 15 de octubre de 1992 Checoslovaquia empezó los trabajos que permitirían cerrar el Danubio y proceder a la construcción de la represa del río[235].

Entre las razones expuestas para dar fin al tratado, Hungría adujo que la Academia de Ciencias de su país tras estudiar las consecuencias que la decisión de abandonar o realizar la construcción de la represa Nagymaros, en el marco del sistema Gabčíkovo-Nagymaros, causaría sobre el medio ambiente, la ecología y la calidad del agua, así como sobre la situación sismológica, había manifestado la necesidad de realizar nuevos estudios más profundos que exigirían mayor tiempo[236].

Para sustentar su posición de dar por terminados los trabajos de la represa Gabčíkovo-Nagymaros Hungría manifestó, por un lado, que Checoslovaquia no había cumplido con sus obligaciones de estudiar el impacto que tales obras tendrían sobre el medio ambiente[237], lo cual, a la luz de los estudios científicos adelantados en la zona, había creado un "estado de necesidad ecológica"[238]; por otro lado, arguyó que para 1977, fecha en que se firmó el tratado con Checoslovaquia para dar inicio a la construcción de la represa, la Convención de Viena de 1969 aún no estaba en vigor para las partes, por lo cual sus disposiciones no serían aplicables al tratado de 1977[239].

233. *Ibid*., p. 17, par. 15.
234. *Ibid*., p. 25, par. 22.
235. *Ibid*., pp. 25-27, par. 23.
236. *Ibid*., p. 32, par. 35.
237. *Ibid*., p. 36, par. 41.
238. *Ibid*., p. 36, par. 40.
239. *Ibid*., p. 36, par. 42.

Por su parte, Eslovaquia, heredera de algunas de las obligaciones de la antigua Checoslovaquia luego de su trasformación entre 1989 y 1990 –entre ellas de las desprendidas del tratado con Hungría de 1977- alegó que, aunque la Convención de Viena no sería aplicable al tratado de 1977 con Hungría, contenía algunas disposiciones que ya eran reconocidas como costumbre internacional, como las relativas a la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados; además, que la Convención de Viena era aplicable al Protocolo firmado en 1989 que consagraba disposiciones referentes a la reglamentación y continuación de la represa Gabčíkovo-Nagymaros[240]; por último, puso en duda que la "necesidad ecológica" o el "riesgo ecológico" alegado por Hungría pudiera constituir, desde la óptica de la responsabilidad de los Estados, una circunstancia que excluyera la ilegalidad de un acto[241].

Con base en estos hechos y consideraciones de las dos Partes, la Corte abordó la discusión concerniente a la aplicabilidad del denominado "estado de necesidad" invocado por Hungría[242], haciendo una descripción de las condiciones que deben ser cumplidas para que el hecho de un Estado, contrario al derecho internacional, sea constitutivo de "estado de necesidad", según los comentarios elaborados sobre el tema por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[243]. De acuerdo con esto, ciertos elementos deben estar reunidos para derivar la existencia de un "estado de necesidad" en el derecho internacional: que exista una amenaza a un interés esencial de un Estado autor del hecho contrario a sus obligaciones internacionales; que dicha amenaza provenga de un peligro grave e inminente; que el hecho contrario al derecho internacional sea el único medio para salvaguardar el mencionado interés; que este comportamiento no afecte el interés esencial del otro Estado frente al cual existía la obligación; y que el Estado autor del hecho no haya contribuido al surgimiento del "estado de necesidad"[244].

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha incluido, entre las situaciones susceptibles de originar un estado de necesidad, "un peligro grave para la preservación ecológica del territorio de un Estado o parte de su territorio"[245]; así mismo, ha precisado que, sobre todo en las dos últimas décadas, la protección del equilibrio ecológico ha llegado a ser considerada como respuesta a un interés esencial de todos los Estados[246].

240. *Ibid.*, p. 37, par. 43.
241. *Ibid.*, p. 37, par. 44.
242. *Ibid.*, p. 39, par. 49.
243. Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, par. 1) Este órgano ha definido el estado de necesidad como "*the situation of a State whose sole means of safeguarding an essential interest threatened by a grave and imminent peril is to adopt conduct not in conformity with what is required of it by an international obligation to another State*".
244. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), supra* nota 231, pp. 40-41, par. 52.
245. Yearbook of the International Law Commission, *supra* nota 242, p. 35, par. 3.
246. Ibid., p. 39, par. 14.

La Corte también mencionó que el estado de necesidad sólo puede ser invocado para eximir de responsabilidad a un Estado que no ha ejecutado un tratado; y, aunque se considere que su invocación es justificada, el tratado no puede darse por terminado, sino que queda sin efectos en tanto persista el estado de necesidad; una vez que desaparezcan las circunstancias que dieron lugar al Estado de Necesidad se reactivarán las obligaciones que se desprendan del tratado[247].

En este caso particular, el proyecto Gabčíkovo-Nagymaros no representaba un peligro inminente para los intereses de Hungría, por lo cual no le era permitido suspender los trabajos y los acuerdos a que había llegado con Checoslovaquia en virtud del tratado de 1977[248].

Como se mencionó atrás, ante el incumplimiento de Hungría, Checoslovaquia emprendió trabajos consistentes en la desviación del Danubio con el fin de aprovechar sus aguas en su propio y único beneficio[249]. Esta contramedida tomada por Checoslovaquia fue estudiada por la Corte, concluyendo que tal decisión unilateral desconocía algunas normas de derecho internacional como el aprovechamiento proporcional a que tienen derecho todos los Estados ribereños de un curso o fuente de aguas internacionales[250].

La Corte hizo, así mismo, algunas consideraciones acerca de la notificación de la terminación del tratado por parte de Hungría. Este Estado pretendió demostrar la legalidad de tal notificación con base en "la aparición de nuevas normas de derecho internacional ambiental"[251], según lo cual la normatividad internacional de protección del medio ambiente tornaría imposible la ejecución del tratado; además, adujo que la obligación de no causar un perjuicio sustancial a otro Estado había llegado a ser, con el tiempo, una obligación *erga omnes* de prevención de perjuicios, de acuerdo con el "principio de precaución"[252]. Como respuesta a estos argumentos, Eslovaquia sostuvo que ninguno de los nuevos desarrollos del derecho internacional ambiental había engendrado normas de *ius cogens* que pudieran prevalecer sobre el tratado[253].

A juicio de la Corte Internacional de Justicia, la notificación del 19 de mayo de 1992 por medio de la cual Hungría daba por terminado el tratado suscrito con Checoslovaquia en 1977, fue prematura, destacando que no había violación

247. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), supra* nota 231, p. 63, par. 101.
248. *Ibid*., p. 43, par. 55.
249. *Ibid*., p. 55, par. 82 y ss.
250. *Ibid*., p. 56, par. 87.
251. *Ibid*., p. 58, par. 92.
252. *Ibid*., p. 62, par. 97.
253. *Ibid*.

de dicho instrumento por parte de Checoslovaquia y que había otros medios para reformular los términos pactados, con miras a cumplir sus obligaciones de acuerdo con las normas de protección del medio ambiente[254].

Sobre el tema y el conflicto estrictamente medioambiental, la Corte concluyó que las nuevas normas de derecho internacional, recientemente aparecidas, eran pertinentes para la ejecución del tratado y podían ser tenidas en cuenta por las Partes, de común acuerdo, aplicando los artículos 15, 19 y 20 del tratado de 1977, los cuales imponían a las Partes la obligación de velar por la calidad de las aguas del Danubio y la protección de la naturaleza[255]; estas obligaciones se concretaban en compromisos específicos que deberían adoptarse con posterioridad a la realización de un proceso de consulta y negociación, para el cual se exigía una disposición recíproca de discutir de buena fe los riesgos reales y potenciales de la obra sobre el medio ambiente[256].

La Corte Internacional de Justicia también fue clara en afirmar que las nuevas normas concernientes al derecho internacional ambiental deben ser tomadas en consideración, no sólo cuando los Estados prevean la realización de nuevas actividades, sino también cuando continúen las iniciadas en el pasado, haciendo énfasis en la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente como componentes del concepto de desarrollo sostenible; así mismo, arguyó que la vigilancia y la prevención se imponen en el campo medioambiental, en razón del carácter irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes a los mecanismos de reparación de este tipo de perjuicios[257].

Este caso contiene aportes importantes que contribuyen a la evolución del derecho internacional ambiental. Por un lado, se reconoce el concepto de "necesidad ecológica", como una circunstancia que puede exonerar de responsabilidad a un determinado Estado cuando advierta que una situación fáctica puede ser perjudicial para el medio ambiente de su territorio; la idea del riesgo –tal y como lo alegó Hungría en el caso estudiado– sugiere, para algunos autores, la idea y aplicación del principio de precaución el cual, pese a no ser tenido en cuenta por la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos[258] dada su ausencia en instrumentos de derecho internacional, era un principio emergente en materia in-

254. *Ibid*., p. 66, par. 108.
255. *Ibid*., p. 67, par. 112.
256. *Ibid*., p. 68, par. 112.
257. *Ibid*., p. 78, par. 140.
258. Ver Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de abril 23 a junio 1° y julio 2 a agosto 10 de 2001 y por la Resolución 56/83 de diciembre 12 de 2001 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

ternacional ambiental[259]. Al respecto, vale la pena mencionar que la Corte no fue clara en plantear en su decisión la existencia de dicho principio, aunque aportó algunos elementos importantes para su desarrollo posterior[260] como se analizará en el capítulo correspondiente al "Principio de precaución"[261].

Finalmente, el fallo de la Corte Internacional de Justicia se constituye en un importante precedente, al plantear la necesidad de que los proyectos que tengan implicaciones y riesgos al medio ambiente sean evaluados sobre bases continuas y a la luz de estándares medioambientales[262].

2. Doctrina

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también incluye como una fuente auxiliar para la determinación de las reglas de derecho "*las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones*"[263]. Así, además de las decisiones judiciales, las teorías y posiciones desarrolladas por la doctrina en su estudio y sistematización del derecho internacional, constituyen un medio importante para la clarificación de las reglas aplicables a un caso específico cuando existan dudas acerca de su interpretación y aplicación.

Históricamente, la influencia de los tratadistas del derecho internacional ha sido notable[264]. Escritores como Hugo Grotius, quien se considera el padre del derecho internacional; algunos autores contemporáneos de destacada participación en la doctrina como Ian Brownlie; Malcolm Shaw, en sus textos fundamentales de derecho internacional público; Antonio Cassese, con sus importantes aportes en la construcción del derecho penal internacional; el profesor James Crawford en temas relacionados con la responsabilidad internacional de los Estados y el concepto de los elementos constitutivos del Estado; y Gidel, con su destacada fundamentación del derecho del mar, han desempeñado un papel crucial en la proposición de novedosas teorías y planteamientos que han contribuido a hacer del derecho internacional una disciplina sistematizada y una ciencia que descansa en premisas coherentes y con un rol destacado e importantes aportes de los expertos en la materia[265].

Sin embargo, el papel desempeñado por la doctrina no siempre fue de primer plano. Cuando se sentaron las bases para el surgimiento del derecho internacional

259. Ver Sands, Philippe, "Environmental Protection in the Twenty-first Century: Sustainable Development and International Law", en *Environmental law, the economy and sustainable development: the United States, the European Union and the international community*, editado por Revesz, Richard L., Sands, Philippe y Stewart, Richard B., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 369-408, p. 387.
260. Este principio se consagró por primera vez en la Declaración de Río de 1992, en el Principio 15, conforme con el cual cuando exista un riesgo grave e irreversible, no puede utilizarse la falta de certeza científica para postergar la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente.
261. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte II. Principio de precaución.
262. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 477.
263. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 1, artículo 38 (1) (d).
264. Ver Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 57, p. 106.
265. *Ibid.*, p. 106.

clásico, su importancia comenzó a declinar con el surgimiento del positivismo y el consecuente énfasis puesto en la soberanía de los Estados y en los tratados y la costumbre, con sus posiciones dominantes en el sistema internacional[266].

Entre algunas consideraciones para restarle fuerza y valor, se ha resaltado que en cualquier evaluación de una opinión jurídica están presentes factores subjetivos; que los escritores individuales reflejan prejuicios, sean de orden nacional o de cualquier otro tipo, y que algunos publicistas tienden a difundir nuevas visiones más que a proveer una valoración pasiva del estado de la ley internacional. No obstante, es indudable que la doctrina ha sido importante para efectos de constituir una evidencia de la ley existente[267].

Además de los tratadistas particulares, algunos organismos oficiales, y en especial la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, han logrado un protagonismo cada vez mayor en el desarrollo de la materia, concretado en la proposición de proyectos de artículos que han sido posteriormente adoptados en acuerdos y convenciones internacionales[268].

En el tema del derecho internacional ambiental, la doctrina ha comenzado a adquirir un papel fundamental en las últimas décadas. Autores como Sands, Fitzmaurice, Boyle, Kiss y Guruswamy, de recurrente estudio en este texto, han estado a la vanguardia en la sistematización de las normas en materia ambiental internacional y en su interpretación con carácter científico, tendiente a su codificación por parte de los organismos competentes y los Estados.

Vale la pena subrayar, igualmente, los aportes que otras organizaciones han realizado al derecho internacional, como el Instituto de Derecho Internacional[269] y la Academia de Derecho Internacional de La Haya[270], quien dedicó su curso anual, en 2001, al estudio del derecho internacional ambiental y a la protección internacional del medio ambiente, en cabeza de la profesora Malgosia A. Fitzmaurice[271].

En el plano oficial es significativo el rol jugado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ligada al sistema de las Naciones Unidas aunque por fuera de su control, cuyo mandato principal consistió, entre otros

266. *Ibid.*, p. 106.
267. Ver Brownlie, Ian, óp. cit., *supra* nota 59, pp. 23-24.
268. La Comisión de Derecho Internacional fue creada mediante Resolución A/RES/174(II) el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la misión de favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Su trabajo consiste fundamentalmente en redactar los proyectos de artículos sobre diversas cuestiones de derecho internacional, como lo hizo en el campo del Derecho de los tratados, proyectos que serían presentados a la Asamblea General con el fin de convocar una Conferencia de Plenipotenciarios encargados de incorporar los artículos a una convención abierta a la firma de todos los Estados. Para mayor información ver http://www.un.org/law/ilc/ (consultada en agosto 8 de 2008).
269. El Instituto de Derecho Internacional fue fundado el 8 de septiembre de 1873 en Bélgica, independiente de toda influencia gubernamental, con el fin de contribuir al desarrollo del derecho internacional y actuar para que éste fuese aplicado. Para mayor información ver http://www.idi-iil.org/idiF/navig_historique.html (consultada en agosto 8 de 2008).
270. La Academia de Derecho Internacional de La Haya fue fundada en 1923 como un centro de estudios y de enseñanza del derecho internacional público y privado y las ciencias conexas, facilitando el estudio profundo e imparcial de los problemas concernientes a las relaciones jurídicas internacionales.
271. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14.

temas, en la formulación de propuestas realistas para abordar las cuestiones críticas del medio ambiente y el desarrollo, proponiendo nuevas formas de cooperación internacional sobre las cuestiones que podrían influenciar políticas y eventos en la dirección de un cambio necesario[272]. Esta Comisión produjo el *Brundtland Report* denominado "Nuestro Futuro Común", documento básico para el desarrollo de nuevas normas internacionales ambientales, conteniendo un balance y diagnóstico de diversos temas y unas propuestas para la acción común de la comunidad internacional.

Con respecto a la utilización de la doctrina por los órganos judiciales, es preciso hacer una distinción: aunque los tribunales arbitrales mencionan habitualmente las teorías propuestas por ésta para sustentar sus fallos[273], la Corte Internacional de Justicia hace muy poco uso de la misma para la solución de las controversias, haciendo raras referencias a los tratadistas en el tema. No obstante, estos autores son frecuentemente citados en aclaraciones de voto u opiniones separadas de algunos de los jueces, con el fin de soportar los argumentos distintos de la posición mayoritaria de la Corte[274].

De manera general, puede concluirse que las dos fuentes auxiliares que consagra el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para la interpretación de las reglas de derecho internacional han sido de vital importancia para el desarrollo de éste en materia ambiental. Tanto la jurisprudencia internacional como la doctrina han contribuido de manera protagónica a la constitución y reforzamiento de las principales bases en la cuales descansa esta rama emergente del derecho internacional. Destacadas consideraciones sobre el estatus de las normas internacionales y la aclaración de algunos de los conceptos más polémicos para la protección del medio ambiente han sido algunos de los más importantes aportes hechos por estas fuentes auxiliares, por lo cual su importancia debe ser resaltada y sus mecanismos de actuación reforzados por el derecho internacional, especialmente cuando los Estados son renuentes a desarrollar el derecho internacional mediante la adopción de tratados y convenciones.

272. La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo fue creada mediante la Resolución 38/161 de diciembre 19 de 1983 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

273. Puede citarse el *Trail Smelter Case*, el cual retoma importantes consideraciones del Profesor Eagleton como fundamento para la decisión definitiva. Ver Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 82.

274. Al respecto, son paradigmáticas las opiniones del Juez Weeramantry en *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *supra* nota 116, y en *Gabčíkovo – Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), supra* nota 231, en las cuales es reiterado el uso de citas y comentarios de importantes doctrinantes del derecho internacional.

Parte V. *Soft Law*

1. Concepto y orígenes del *Soft Law*

Dentro de las modernas categorías utilizadas en el derecho internacional público contemporáneo se sitúa, sin duda, la de *soft law*, la cual ha generado numerosas discusiones de impacto inmediato para el derecho internacional ambiental. El término fue acuñado por primera vez por Lord McNair[275], para quien el concepto se refería a los enunciados normativos que eran definidos como principios abstractos operativos a través de la interpretación judicial[276].

Desde entonces, el uso del concepto "soft law" ha sido cada vez mayor. Su definición ha sido ampliada a diversos escenarios del derecho internacional, hasta sugerirse su inclusión como una especie de fuente formal intermedia del derecho internacional: un escenario transicional entre lo que es derecho y lo que no lo es.

Uno de los conceptos más usados del *soft law* es el planteado por Chinkin, quien lo definió en los siguientes términos:

"*Instruments ranging from treaties, but which include only soft obligations (legal soft law), to non –binding or voluntary resolutions and codes of conduct formulated and accepted by international and regional organizations (non-legal soft law), to statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but which purport to lay down international principles*"[277].

En el mismo sentido, diversas definiciones fueron propuestas por variados sectores de la doctrina: instrumentos que daban origen a efectos legales pero que no equivalían a derecho real[278]; las fuentes que indican cómo deberían actuar los Estados en una forma específica[279]; estándares de conducta que indican lo que el derecho debería ser[280]; instrumentos de naturaleza normativa pero sin fuerza legal vinculante los cuales son aplicados a través de aceptación voluntaria[281]; variedad de instrumentos legalmente no vinculantes usados en las relaciones internacionales contemporáneas por los Estados y las organizaciones internacionales[282]; acuerdos internacionales no concluidos como tratados bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[283]; aquellos textos que

275. Dupuy, René-Jean, "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la 'soft law'", en *L'élaboration du droit international public. Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse*, Leiden, Sijthof, 1975, pp. 132-148, p. 139; y Abi-Saab, Georges, "Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain", en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68, p. 60.
276. Abi-Saab, Georges, óp. cit., *supra* nota 274, p. 60.
277. Chinkin, Christine M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, (38), pp. 850-866, p. 851. "*Instrumentos que se extienden desde tratados, pero que incluyen sólo obligaciones suaves (derecho suave legal), a resoluciones no vinculantes o voluntarias y códigos de conducta formulados y aceptados por organizaciones internacionales y regionales (derecho suave no-legal), a declaraciones preparadas por individuos en capacidad no-gubernamental, pero que pretenden establecer principios internacionales*".
278. Klabbers, Jan, "The Redundancy of Soft Law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, (65), pp. 167-182, p. 167.
279. Crawford, Cynthia, "Hard Law vs. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", en *International Monetary and Financial Law upon Entering the New Millennium: a Tribute to Sir Joseph and Ruth Gold*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2001, pp. 1433-1441.
280. Branson, Douglas M., "Teaching Comparative Corporate Governance: The Significance of "Soft Law" and International Institutions", en *Georgia Law Review*, 2000, (34), pp. 669-698, p. 670.
281. Bonell, Michael Joachim, "Soft law and party autonomy: the case of the Unidroit principles", en *Loyola Law Review*, 2005, (51), pp. 229-252, p. 234.
282. Boyle, Alan, "Soft Law in International Law–Making", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., *supra* nota 75, pp. 141-157.
283. Hillgenberg, Hartmut, "A Fresh Look at Soft Law", en *European Journal of International Law*, 1999, (10), pp 499-515, p. 501.

de un lado no poseen carácter vinculante en un sentido común, pero que, de otro lado, no están completamente desprovistos de efectos legales[284]; entre otras formulaciones.

El origen del concepto "*soft law*" se remonta a la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, en la cual se presentó una reducción en el grado de homogeneidad en la identidad y en los valores de la comunidad internacional[285]. En particular, se ha mencionado la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 como un punto de inicio para la utilización del concepto *soft law*[286], la cual, pese a ser una Declaración y no imponer obligaciones a los Estados en el momento de su adopción, tiene fuerza vinculante como costumbre internacional, dada su rápida y generalizada aceptación e inclusión en constituciones nacionales[287].

De acuerdo con Schermers y Blokker, el origen de estos instrumentos se debe a la naturaleza del derecho internacional, caracterizada por la carencia de un legislador centralizado y universal, a pesar de ser compensada con el funcionamiento de las organizaciones internacionales[288]; para Birnie, el carácter flexible del concepto es una técnica útil en situaciones en que los Estados quieren actuar colectivamente pero, al mismo tiempo, no quieren limitar su libertad de acción[289].

Algunos autores han planteado la distinción conceptual entre un *soft law* "legal" en oposición a un *soft law* "no legal"[290]. El primero consiste en todas aquellas normas de conducta establecidas en tratados, suscritos bajo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero carentes de un mandato concreto de cumplir con una obligación de "hacer", "dejar hacer" o "no hacer", tal como sucede con las normas legales vagas y ambiguas que no tienen aplicabilidad directa[291]; por el contrario, el *soft law* no legal son todas las otras normas a las cuales se ha hecho referencia, que no se encuentran formalmente en ningún tratado internacional o costumbre internacional y, por consiguiente, no poseen, por sí mismas, carácter vinculante. El *soft law* no legal es lo que más comúnmente se suele denominar *soft law* en su sentido genérico.

Según Sztucki, además de las disposiciones que forman parte de un tratado pero tienen un contexto normativo vago sin efectos vinculantes sobre las partes (*soft*

284. Peters, Anne y Pagotto, Isabella, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective, New Modes of Governance Project*, Project No. CITI-CT-2004-506392, 2006.
285. Elias, Olufemi, y Lim, Chin, "General Principles of Law, 'Soft' Law and the Identification of International Law", en *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, (27), pp. 45-49.
286. Olivier, Michèle, "The Relevance of 'Soft Law' as a Source of International Human Rights", en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, (35), pp. 289-307, p. 298.
287. *Ibid.*, p. 301.
288. Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, Fourth Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, p. 720.
289. Birnie, Patricia, "Legal Techniques of Settling Disputes: The 'Soft Settlement'", en *Perestroika and International Law*, editado por Butler, William, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 180.
290. Gruchalla–Wesierski, Tad, "A Framework for Understanding Soft Law", en *McGill Law Journal*, 1985, (30), pp. 37-88, p. 42.
291. *Ibid.*, p. 48.

law legal), el *soft law* también se evidencia en documentos provistos de fuerza normativa que no fueron acogidos a través de los mecanismos tradicionales de adopción de reglas vinculantes en el derecho internacional[292].

Boyle menciona varios significados del *soft law*: por un lado, en la forma de instrumentos no vinculantes que actúan como alternativa al proceso de formación del derecho por medio de los tratados, o como parte constitutiva de un proceso de celebración de un tratado multilateral; de otra parte, los procedimientos contenidos en tratados tendientes a evitar el surgimiento de conflictos internacionales, en oposición a los procedimientos obligatorios de solución de controversias[293]. Para los efectos subsiguientes y con base en la exploración de las diversas definiciones y posiciones planteadas por diversos sectores de la doctrina, entenderemos el *soft law* o derecho suave, como aquellos enunciados con fuerza normativa internacional que no han sido adoptados por medio de las fuentes formales del derecho internacional consignadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ pero que no están desprovistos de fuerza jurídica.

2. Ventajas y desventajas del *Soft Law*

La adopción de instrumentos internacionales de *soft law* posee, en términos prácticos, algunas ventajas con respecto al sistema tradicional de fuentes de derecho surgidas de las dificultades que este sistema presenta, como la falta de rapidez y de flexibilidad para adaptarse a los cambios vertiginosos del mundo, la ciencia y las sociedades humanas, y la falta de universalidad para incluir otros autores no visibilizados por el derecho internacional[294]. De esta forma, los instrumentos de *soft law* poseen la capacidad de dar respuesta a un amplio número de problemas, representando una estrategia atractiva para la celebración de acuerdos entre los Estados.

Boyle propone que la mayor virtud de los instrumentos de *soft la*w –cuya naturaleza es la carencia de obligatoriedad jurídica- es la facilidad de su adopción, permitiendo a los Estados acordar disposiciones más detalladas y precisas[295], lo cual ha permitido que sean usados provechosamente, en particular, en materia ambiental; Schermers y Blokker comentan, por su parte, que los Estados adoptan con mayor facilidad instrumentos de *soft law* debido a que: las consecuencias del

292. Sztucki, Jerzy, "Reflections on 'Soft Law'", en *Festschrift Till Lars Hjerner, Studies in International Law*, editado por Ramberg, Jan *et al.*, Nordsteds Söner, 1990, pp. 549-575, pp. 550-551.
293. Boyle, Alan, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law", en *Multilateral Treaty-Making, The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, editado por Gowlland-Debbas, Vera, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2000, pp. 25-41.
294. Wolfrum menciona cuatro problemas de las fuentes tradicionales de derecho internacional: a. La velocidad con que se celebran los tratados no es capaz de responder a los nuevos desafíos de un régimen legal efectivo; b. La falta de claridad y uniformidad de que sufren numerosos tratados, lo cual dificulta la asunción de responsabilidades originadas en los mismos por parte de los Estados; c. La universalidad y participación que en ocasiones no está presente en la celebración de tratados con partes que no carecen de capacidad para obligarse en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; d. Flexibilidad y adaptabilidad, difíciles de aplicar a los tratados internacionales, que tardan mucho tiempo en ser adoptados y reformados. Ver Neuhold, Hanspeter, "The Inadequacy of Law–Making by International Treaties: 'Soft Law' as an Alternative?", en *Developments of International Law in Treaty Making*, editado por Wolfrum, Rüdiger y Röben, Volker, 2005, pp. 39-52, p. 40.
295. Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 281, p. 144.

incumplimiento de una obligación de tal naturaleza son más limitadas, el hecho de que los Estados pueden evitar el proceso interno de ratificación de los tratados, la gran flexibilidad de los instrumentos y facilidad para incluir modificaciones situación que, según los autores, beneficia en gran medida el funcionamiento de las organizaciones internacionales[296].

No obstante, el proceso de creación de normas de *soft law* presenta algunas desventajas, principalmente a raíz de la falta de conexión con los parlamentos nacionales y los organismos democráticos legitimadores de estos acuerdos, que normalmente requieren para su implementación la financiación, legislación o soporte público[297]; en otras palabras, es difícil proporcionar el respaldo económico y político cuando no existe certeza legal. Como lo menciona Eckersley, algunos problemas importantes a nivel internacional requieren estructuras fuertes que puedan ser reforzadas[298] de modo que si las implicaciones del *soft law* se encuentran aún en debate, el mismo no constituye la herramienta más idónea para su implementación.

La principal desventaja del *soft law* radica en la existencia de la discusión como tal, ya que pese a la aceptación general de sus intereses y efectos legales, si los órganos competentes no lo aplican o reconocen, el concepto no tendrá significación legal práctica. En este aspecto, cobran importancia las posiciones de quienes sostienen que si el *soft law* es suave, entonces no es derecho[299].

3. Efectos del *Soft Law*

Como se ha descrito, la doctrina y el derecho internacional no otorgan efectos vinculantes a los instrumentos de *soft law*, lo cual no significa que no tengan ningún efecto jurídico[300]; relacionados con algunos principios de derecho internacional, como la buena fe y el *estoppel*, han creado obligaciones para los Estados mediante el cumplimiento de declaraciones no vinculantes transformándolas en verdaderos instrumentos legales[301].

De acuerdo con Abbott, el proceso de creación del *soft law* posee etapas particulares que dan origen a algunas consideraciones acerca de sus efectos legales: en un primer momento, las partes interesadas formulan un problema y lo ubican en la

296. Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., óp. cit., *supra* nota 287, p. 26.
297. Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 281, p. 144.
298. Eckersley, Robyn, "Soft Law, Hard Politics, and the Climate Change Treaty", en *The Politics of International Law*, editado por Reus-Smit, Christian, Cambridge University Press, 2004, pp. 80-105.
299. Ingelse, Chris, "Soft Law?" en *Polish Yearbook of International Law*, 1993, (20), pp. 75-90, p. 79.
300. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 14, p. 128.
301. Van Der Mensbrugghe, Yves, "Legal Status of International North Sea Declarations", en *The North Sea: Perspective on Regional Environmental Cooperation*, editado por Freestone, David y Ijlstra, Ton, Graham/Trotman, London/Dordrecht, 1990, pp. 15-22, p. 21.

agenda política, compuesta de normas y fórmulas apropiadas para su realización efectiva; posteriormente, recomiendan la difusión de la norma y los Estados que la han adoptado en primera instancia tratan de persuadir a los demás para que se adhieran; finalmente, la norma es invocada y genera cargas contra los Estados "renuentes", mientras la presión social y los ajustes internos apuntan a su internalización[302].

Aunque las normas de *soft law* proferidas con base en este procedimiento no son, en estricto sentido, una nueva fuente de derecho internacional[303], sí producen efectos que pueden ser vistos y analizados a la luz de las fuentes de derecho internacional enlistadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De un lado, las normas contenidas en instrumentos de *soft law* son consideradas "*pre-droit*" o "*droit vert*", como postulados o declaraciones previas a la suscripción de un tratado internacional, en otras palabras, expresan el carácter potencial que puede tener una declaración en un tratado que depende del transcurso de un cierto lapso de tiempo[304]. De esta forma, los instrumentos de *soft law*, como las declaraciones de principios, pueden constituirse en una alternativa de preparación o borrador de un texto cuando las partes son reticentes a su creación inmediata.

Además, estos instrumentos de *soft law* pueden ser un importante mecanismo para la interpretación, aplicación y desarrollo de los tratados. Al respecto, se ha dicho que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente cuando son adoptadas por aclamación, refieren a tratados existentes, reiteran los principios de derecho internacional comúnmente aceptados, al punto de que en algunos casos tales desarrollos de interpretación, particularmente los relacionados con derechos humanos, pueden llegar a considerarse legalmente vinculantes[305].

En relación con la costumbre internacional, el *soft law* puede jugar un papel importante. Según Zemanek, los instrumentos de *soft law* registran el consenso sobre la opinión acerca de la forma como la ley debería progresar en un momento dado, lo cual será posteriormente corroborado por el comportamiento futuro de los Estados[306]. En este sentido, las principales funciones de los instrumentos de

302. Abbott, Kenneth W., "Commentary: Privately generated Soft Law in International Governance", en *International Law and International Relations, Bridging Theory and Practice*, editado por Biersteker, Thomas J. *et al.*, Routledge, New York, 2006, Chapter 10.
303. Senden, Linda, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2004, p. 89.
304. Ingelse, Chris, óp. cit., *supra* nota 298, p. 77.
305. Schermers, Henry G. y Blokker, Niels M., óp. cit., *supra* nota 287, p. 26.
306. Zemanek, Karl, "Is the Term 'Soft Law' Convenient?", en *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidc–Hohenveldern*, dirigido por Hafner, Gerhard *et al.*, in honour of his 80º birthday, Kluwer Law International, 1998, pp. 843-862, p. 859.

soft law pueden consistir en legitimar la práctica de la comunidad internacional y corroborar la existencia de la *opinio juris*, siempre que el carácter legal de una determinada norma de comportamiento dependa de la formación de una costumbre internacional.

Finalmente, los instrumentos de *soft law* pueden ser, de alguna forma, reconocidos como bases para la aplicabilidad de principios existentes de derecho internacional, especialmente los de buena fe, *estoppel* y equidad[307]. Así, los instrumentos de *soft law* se convierten en un vehículo para su consagración explícita y una forma efectiva de hacerlos visibles en los diferentes campos del derecho internacional.

4. El *Soft Law* en el derecho internacional ambiental

Todos los aspectos mencionados sobre el concepto del *soft law*, especialmente los concernientes a su interacción con las fuentes tradicionales de derecho internacional y su definición como fuente de normas de derecho internacional, son aplicables al estudio del derecho internacional ambiental, cobrando en este campo especial importancia.

Como se estudió y analizó en el capítulo correspondiente a la evolución histórica[308], las normas internacionales de protección ambiental han sido principalmente discutidas en escenarios multilaterales, como las Conferencias de Estocolmo, Río de Janeiro y Johannesburgo, las cuales han finalizado con la conclusión de Declaraciones de Principios y Planes de Acción[309], sin ninguna fuerza vinculante, pero que han dado origen a numerosos tratados, reglas de costumbre internacional y principios de derecho internacional ambiental[310].

Dado el carácter interdependiente del medio ambiente y la necesidad de crear mecanismos efectivos de cooperación entre Estados para la resolución de problemas de interés colectivo —como la protección de fuentes de energía, la protección de especies migratorias[311], el cambio climático o la conservación de los recursos del mar—, la comunidad internacional ha impulsado la realización de foros internacionales que permitan identificar los problemas globales y escuchar las diferentes posiciones en torno a la búsqueda de alternativas que satisfagan los intereses en juego[312]. Sin embargo, los Estados pueden considerarse afectados en

307. Ingelse, Chris, óp. cit., *supra* nota 298, p. 84.
308. Ver Capítulo II. Evolución del Derecho Internacional Ambiental.
309. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 123, p. 87.
310. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 140.
311. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 10.
312. En este proceso de creación de derecho internacional ambiental suelen agotarse las etapas mencionadas por Abbott y estudiadas arriba: los Estados identifican los problemas presentes con relación a la protección ambiental y al agotamiento de los recursos naturales, por medio de la realización de Conferencias internacionales (Estocolmo, Río de Janeiro y Johannesburgo) y la creación de Grupos de Estudio (como la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que profirió el conocido Informe Brundtland) para la proposición de recomendaciones; posteriormente manifiestan su voluntad de adoptar dichas recomendaciones, invitando a los demás Estados a adherirse a ellas y adoptarlas en sus legislaciones nacionales; y, finalmente, ejercen presión internacional sobre los Estados reticentes, haciéndolos sujetos de sanciones puramente morales por su desconocimiento de los compromisos internacionales que deberían adoptar para la conservación del medio ambiente. Ver Abbott, Kenneth W., óp. cit., *supra* nota 301.

sus intereses por algunas de estas propuestas de normas internacionales, razón por la cual se ha buscado que tales reglas sean redactadas como "recomendaciones" o invitaciones a que los Estados se comporten de una determinada manera, y no como una norma de obligatorio cumplimiento, a la espera de construir a nivel internacional un mayor acuerdo acerca de la necesidad de considerarla como regla vinculante.

En este sentido, cuando su inclusión en normas de *hard law* o jurídicamente obligatorias se torna imposible, las reglas de derecho internacional ambiental están precedidas con frecuencia de recomendaciones[313] o principios generales, utilizados recurrentemente en la normatividad internacional de conservación ambiental por la necesidad de regular la materia, mediante mecanismos ágiles de negociación y reforma a la luz de nuevos problemas, y por la presión que ejerce el conocimiento científico y la conciencia pública[314] sobre las autoridades nacionales; además, es claro que por esta vía se posibilita la participación de instituciones internacionales y actores no estatales, la cual estaría restringida a los Estados en los procesos formales de negociación de tratados[315].

Pese al carácter "suave" de estas recomendaciones, su importancia no es menor en el derecho internacional público. Las normas de *soft law* determinan la futura dirección del derecho internacional ambiental[316]; los principios y acuerdos pactados en las declaraciones y demás instrumentos de *soft law* se convierten así en un claro indicador del desarrollo que tendrán las normas internacionales en materia ambiental, como ha sucedido con conceptos como el desarrollo sostenible y el principio de precaución, surgidos de declaraciones de principios e informes de organizaciones sin funciones de obligar jurídicamente a los Estados, e incluidos en posteriores tratados y convenciones que, pese a no reconocerlos de manera genérica, regulan materias específicas con carácter vinculante y obligatorio[317]. En caso de no dar origen a nuevos tratados, las normas de *soft law* sirven como parámetros para la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas vinculantes actualmente existentes[318].

Según Sands, el *soft law* es fuertemente impulsado en materia ambiental por las organizaciones internacionales, al tomar decisiones que pueden influenciar obligaciones legales o contribuir al consecuente desarrollo de las mismas[319]. Tal es

313. Gehring, Thomas, óp. cit., *supra* nota 19, p. 481.
314. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 29, p. 9.
315. *Ibid*., p. 10.
316. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 124.
317. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte II. Principio de precaución y Parte VII. Desarrollo Sostenible.
318. Toope, Stephen J., "Formality and Informality", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 19, pp. 107-124, p. 122.
319. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 14, p. 77.

el caso de la adopción de iniciativas políticas y estándares o parámetros que son posteriormente aceptados por la comunidad de Estados, los cuales materializarán los mandatos contenidos en estos instrumentos puramente recomendatorios por medio de verdaderas normas jurídicas en las legislaciones nacionales[320].

El carácter meramente consultivo de las normas de *soft law* se infiere de la imprecisa, vaga y débil redacción que caracteriza a estos instrumentos en materia ambiental, bajo la forma de Declaraciones de Principios y Planes de Acción. La mayoría de estos instrumentos utilizan el término "*deberían*" para referirse al mandato que se encuentra en cabeza de los Estados en la materialización de los principios y planes acordados. De ahí que sea absolutamente necesaria la particularización y definición de los compromisos y obligaciones de las disposiciones de *soft law* por medio de tratados y mecanismos prácticos de financiación y cooperación para el cumplimiento de las metas planteadas o su esclarecimiento por parte de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En conclusión, y desde una clara posición progresista totalmente compatible con el carácter emergente del derecho internacional ambiental, puede decirse que en materia ambiental las normas de *soft law* se encuentran en un proceso de consolidación y adquisición de un estatus jurídico en la comunidad internacional con características particulares y en circunstancias específicas, actuando como criterio creador o interpretativo del derecho internacional. No obstante, dada la carencia de fuerza jurídica obligatoria que poseen, de acuerdo con la escala de fuentes de derecho internacional consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es necesario que la comunidad de Estados le otorguen valor jurídico vinculante a estas normas, las desarrollen a profundidad y las incluyan en su comportamiento reiterado, existiendo *opinio juris* acerca de su alcance normativo –elementos constitutivos de costumbre internacional- y en instrumentos que sean totalmente vinculantes en el derecho internacional; mientras cobra fuerza jurídica, es indispensable realzar el papel que juega en la actualidad el *soft law* como criterio de base para la conformación e interpretación de las modernas reglas de derecho internacional ambiental.

320. Redgwell, Catherine, "National Implementation", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 19, pp. 922-946, p. 938.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Principio de acción preventiva

1. Introducción

El principal objetivo del derecho internacional ambiental, como rama autónoma del derecho internacional público, ha sido prevenir el deterioro del medio ambiente. Ya fuese por motivos pragmáticos y antropocéntricos[1] o con el fin de evitar el surgimiento de conflictos entre pescadores de diferentes nacionalidades y proteger las economías locales[2], el derecho internacional ambiental ha buscado desde su origen la prevención de los daños al medio ambiente, sobre todo si la mayoría de ellos pueden ser irreversibles o presentar consecuencias graves para la supervivencia de la humanidad.

Estas consideraciones encuentran su concreción en el denominado "principio de prevención" o "principio de acción preventiva", base fundamental de la legislación internacional ambiental. Con el fin de esclarecer su sentido, alcance y vigencia en el plano internacional, será necesario puntualizar su concepto, implicaciones prácticas y particularidades que lo distinguen de otros principios similares del derecho internacional; posteriormente, se estudiará el principio a la luz de la regulación internacional ambiental vigente, así como algunos casos resueltos por la justicia internacional con referencia implícita o explícita al principio de prevención, para concluir en el planteamiento del estatus actual del mismo como fuente de derecho internacional conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuestionando si se trata de un principio orientador del derecho o si posee actualmente el valor de costumbre internacional.

2. Definición del principio

El principio de prevención puede ser definido como la obligación consistente en prevenir cualquier daño al medio ambiente, reduciendo, limitando o controlando

1. Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 28.
2. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 1.

las actividades que pueden causar o provocar un riesgo en la producción de tal perjuicio[3]; busca prescindir del ejercicio de cualquier actividad que no se ajuste a los estándares prescritos por las normas de protección y conservación ambiental, ya sea en el plano nacional o internacional.

El principio de prevención es parte constitutiva del derecho internacional ambiental; pese a su origen marcadamente antropocéntrico, las normas medioambientales siempre han buscado evitar cualquier daño o menoscabo a los recursos naturales, ubicando tal principio como intrínseco a la regulación internacional ambiental, gozando de una existencia fundamental e imprescindible para la creación de preceptos de conservación ambiental; además, es el principio más general en el derecho internacional ambiental, dado su amplio espectro de aplicación ante cualquier evento que represente un riesgo para la integridad del medio ambiente; y, por ello, tiene el carácter de norma residual, toda vez que debe tenerse en cuenta cuando no sea empleado ninguno de los demás principios de derecho internacional ambiental.

La razón de ser de este principio descansa en dos hechos fundamentales: la interdependencia de todas las partes del medio ambiente y el hecho de que es, con frecuencia, imposible remediar un daño medioambiental[4]; gran parte de la contaminación marina proviene de las costas adyacentes; los efectos adversos del cambio climático pueden modificar el curso de aguas y vientos —en perjuicio de poblaciones de peces y aves que migran con el cambio de las condiciones climáticas—, como el deshielo de polos y el aumento del nivel de las aguas; la destrucción de bosques ha traído consigo la desaparición de numerosas especies animales y vegetales y el peligro de extinción de otras tantas[5]. Esta interrelación de los factores medioambientales y el hecho de que un daño a uno de ellos significa un peligro para cualquiera de los otros, ha demostrado la importancia del principio de prevención llevado a su inclusión en numerosas normas internacionales y a un amplio desarrollo en la jurisprudencia internacional.

Sin embargo, pese al carácter interdependiente de los diversos elementos del medio ambiente -que se encuentra además presente en todas las regiones y países del mundo, sin conocer ni respetar fronteras-, se ha discutido la posibilidad que tienen los países de intervenir en cualquier parte en que se esté produciendo un daño ambiental con repercusiones negativas para sí o para un conjunto de paí-

3. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 246.
4. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 91.
5. *Ibid*.

ses. Las dudas se han originado con ocasión de las emergencias ambientales que pueden surgir al interior de un país, en el cual una intervención de socorro, que implicaría la realización de operaciones en dicha jurisdicción, puede caer en el campo de la intromisión indebida de un Estado sobre otro. En numerosos tratados internacionales, los Estados se han visto obligados a cooperar para la prevención de los daños al medio ambiente, incluyendo el perteneciente a cada uno de ellos y el compartido por un conjunto de Estados; por consiguiente, sin recurrir a la intervención contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, proscrita por el derecho internacional[6], es deber de los Estados buscar el consentimiento previo antes de asistir a cualquier otro cuando exista una emergencia o amenaza grave al medio ambiente, así como buscar la ayuda de aquellos que tengan la capacidad de proporcionar asistencia para remediar los efectos negativos producidos sobre el medio natural[7].

En el plano conceptual, el principio de acción preventiva es confundido con frecuencia con los principios de no contaminar los territorios situados por fuera de la jurisdicción nacional[8], la precaución[9] y el principio 2 de la Declaración de Río según el cual los países pueden aprovechar sus propios recursos, asegurándose de que sus actividades no causen daños al medio de otros países[10]. El principio 21 de la Declaración de Estocolmo fue consagrado para evitar daños a territorios situados fuera de la jurisdicción nacional; por el contrario, el principio de acción preventiva propone la no contaminación del medio dentro de la propia jurisdicción. El objeto del principio de precaución es evitar la ocurrencia de perjuicios en el evento de incertidumbre científica respecto de los efectos generados por determinada actividad, mientras que el principio de prevención busca evitar que se produzca un daño cuando exista un riesgo conocido a la integridad del medio ambiente; finalmente, difiere del Principio 2 de la Declaración de Río en que el objeto de éste se circunscribe principalmente a la salvaguarda de la soberanía de los Estados, mientras que el de acción preventiva persigue la minimización de los daños al medio natural como un fin en sí mismo[11].

3. Regulación del principio de prevención en el derecho internacional

El carácter holista y transversal que posee el principio de prevención ha tenido como efecto su consagración en numerosos instrumentos de derecho internacio-

6. Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945, artículo 2 (2).
7. *Ibid*., p. 93.
8. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972), Principio 21.
9. Ibid., Principio 15.
10. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 2.
11. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 246.

nal ambiental, comprometiendo a todas las partes, en diversos campos y en diversas regiones del mundo, a prevenir los perjuicios que pudieren causarse sobre el ambiente por causa de ciertas actividades riesgosas.

Por un lado, las Declaraciones de principios producidas en las dos conferencias más representativas en materia medioambiental celebradas en la historia –Estocolmo y Río de Janeiro– tomaron como guía la acción preventiva en el establecimiento de algunas de sus directrices y fundamentos. Respecto de la primera[12], pueden citarse el Principio 6, que consagra la prevención de daños graves irreparables a los ecosistemas por causa de la descarga de sustancias tóxicas, de otras materias o de la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas[13]; el 7, que estableció que "*los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar*"[14]; el 15, según el cual deben planificarse los asentamientos humanos y la urbanización "*con miras a* evitar *repercusiones perjudiciales sobre el medio*"[15]; el 18, que ubica a la ciencia y la tecnología como herramientas "*para descubrir,* evitar *y combatir los riesgos que amenazan al medio, para solucionar los problemas ambientales y por el bien común de la humanidad*"[16]; y el 24, que prescribió el mandato para todos los países de "*cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar,* evitar*, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados*"[17].

Como se constata, la Declaración de Estocolmo constituyó un gran avance en la regulación del principio en materias muy precisas, con el acuerdo de una gran cantidad de Estados, lo cual demuestra la importancia que tiene como base estructural de la preocupación por la protección internacional del medio ambiente.

Por su parte, la Declaración de Río desarrolló la acción preventiva primordialmente en dos disposiciones: el Principio 11, que estableció que "*los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente*", con el fin de hacer realidad la protección del medio ambiente y evitar un menoscabo a éste desde la iniciativa legislativa de cada uno de los Estados[18]; y el 14, que reguló de nuevo el deber de

12. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8.
13. Ibid., Principio 6.
14. Ibid., Principio 7.
15. Ibid., Principio 15.
16. Ibid., Principio 18.
17. Ibid., Principio 24.
18. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 11.

los Estados de cooperar efectivamente para "*desalentar o* evitar *la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana*"[19].

De manera particular, la gran mayoría de elementos constitutivos del medio ambiente han sido regulados por el principio de prevención en diversos tratados internacionales, regionales y universales, entre los cuales merece citarse de manera enunciativa: en el tema de la protección a la atmósfera, la Convención Marco sobre el Cambio Climático que propone como objetivo "*lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático*"[20]; la Convención para la Protección de la Capa de Ozono, que establece que las Partes adoptarán las medidas adecuadas para "*controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono*"[21]; el Tratado de Prohibición de los Ensayos Nucleares, en el que cada Estado Parte se ha comprometido "*a no realizar ninguna explosión de ensayo de armas nucleares o cualquier otra explosión nuclear, y a prohibir y prevenir cualquier explosión nuclear de esta índole en cualquier lugar sometido a su jurisdicción o control*"[22].

En el tema de la protección a la biodiversidad, el principio ha sido desarrollado por instrumentos como el Convenio sobre Diversidad Biológica, que establece que "*es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica*" y entre cuyos objetivos se encuentra la "*conservación de la diversidad biológica*"[23]; por otra parte, la CITES reconoció la necesidad de cooperar para la conservación de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra su explotación excesiva, así como de adoptar una legislación estricta "*a fin de evitar una utilización incompatible con su supervivencia*"[24]; y el Protocolo de Bioseguridad, que consagra como objetivo "*contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización segura de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna* (…)"[25].

El principio de prevención también ha sido desarrollado en instrumentos encaminados a regular la conservación de los mares y cursos de agua; por un lado, la Convención para la Prevención de la Contaminación de las Aguas del Mar

19. Ibid., Principio 14.
20. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992, artículo 2.
21. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, marzo 22 de 1985, artículo 2 (2) (b); el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, estableció en el Preámbulo que las Partes están "*decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan, con el objetivo final de eliminarlas* (…)".
22. Tratado sobre la prohibición de pruebas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua, Moscú, agosto 5 de 1963, artículo 1 (1).
23. Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, junio 5 de 1992, Preámbulo y artículo 1.
24. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington D. C., marzo 3 de 1973, Preámbulo, artículo II (2) (a) y 3; y la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, Bonn, junio 23 de 1979, artículo III (4) (b).
25. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000, artículo 1.

por Hidrocarburos fue motivada por el deseo de "*tomar de común acuerdo medidas para evitar la contaminación del mar ocasionada por la descarga de hidrocarburos de los buques*"[26]; la Convención sobre el Derecho del Mar, que incluyó medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino[27]; y, en el tema de la contaminación transfronteriza, el Convenio de Helsinki sobre la protección de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales establece que las Partes "*tomarán las medidas adecuadas para prevenir, controlar y reducir cualquier impacto transfronterizo*"[28].

4. Jurisprudencia internacional en torno al principio de prevención

No obstante que la jurisprudencia internacional no ha hecho referencia específica al principio de prevención, se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre su contenido y aplicabilidad en materias precisas, especialmente en la solución de controversias transfronterizas.

El caso de los Osos Marinos del Pacífico (*Pacific Fur Seals Arbitration*), al decidir la disputa entre Estados Unidos y el Reino Unido sobre la titularidad del derecho para adoptar decisiones concernientes a la protección y caza de esas especies que frecuentaban el Mar de Bering e islas cercanas en el Pacífico Norte, estableció algunas medidas tendientes a la conservación y preservación de los osos cuando se encuentren más allá de toda jurisdicción nacional, medidas entre las cuales se destacaron la limitación al empleo de métodos de caza en tales actividades —como el uso de armas de fuego, explosivos y redes—, el establecimiento de temporadas en las cuales estaba prohibida la caza, y la obligación de los gobiernos de controlar la idoneidad de los cazadores[29].

El arbitramento del conocido caso del *Trail Smelter*, que dirimió la controversia entre Canadá y Estados Unidos por las emisiones de dióxido de sulfuro de la planta de fundición de la *Consolidated Mining and Smelting Company of Canada at Trail, British Columbia* en territorio estadounidense, estableció que una comisión de los gobiernos de los dos países, o una comisión científica que se constituyera para el efecto, debería tomar todas las acciones que estimara apropiadas para la prevención de daños en el estado de Washington y las necesarias para asegurar la aplicación de la decisión arbitral[30].

26. Convención internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Londres, mayo 12 de 1954, Preámbulo.
27. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982, artículo 194.
28. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, Helsinki, marzo 18 de 1992, artículo 2 (1) y (2).
29. Pacific Fur Seals Arbitration, Judgement of 15 August 1893, 1 Moore's International Arbitral Awards 755.
30. Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 y March 11 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982.

En el caso del lago Lanoux (*Lac Lanoux case*), originado por la autorización dada por el Gobierno francés para la construcción de una represa hidroeléctrica que utilizaría el agua del lago Lanoux, el cual alimenta las aguas del lago Carol, y del que se beneficiaban poblaciones españolas, el tribunal arbitral decidió que el Estado que se encuentre al comienzo de un río tiene la obligación de tomar en consideración los diferentes intereses en juego cuando se emprenda la construcción de una obra, de acuerdo con el principio de buena fe, buscando hacer compatible la satisfacción de los intereses ajenos con la persecución de los propios[31], evitando causar cualquier perjuicio a un Estado vecino[32].

La Corte Internacional de Justicia también ha sentado algunos precedentes en el desarrollo del principio de prevención: por un lado, los casos de las Pesquerías Islandesas, entre el Reino Unido e Islandia y entre la República Federal de Alemania e Islandia, con ocasión de la expedición, por parte del Parlamento islandés, de una ley sobre la conservación científica de pesquerías en la plataforma continental, estableciendo zonas de conservación controladas por Islandia, la posterior extensión de la zona a 4 millas y luego la ampliación a 12 millas marinas del límite al derecho exclusivo de pesca alrededor de sus costas. En sus decisiones, la Corte manifestó que todas las partes interesadas deben estudiar la situación de los recursos pesqueros, examinando juntos las medidas que imponen la conservación, el desarrollo y la explotación equitativa de tales recursos[33], lo cual buscaba prevenir un uso desmedido de los derechos de pesca en perjuicio del medio marino y de los intereses de los Estados en litigio.

Respecto de la legalidad del empleo de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia argumentó que existen numerosas normas que consagran la obligación general de proteger el medio ambiente natural contra los perjuicios extendidos, durables y graves, la prohibición de los medios de guerra concebidos para causar tales daños, y la prohibición de conducir ataques contra el medio ambiente natural a título de represalias[34].

Por último, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, surgido entre Eslovaquia y Hungría por el incumplimiento de ésta del tratado firmado por ambos Estados para la construcción de una represa en su zona limítrofe, aduciendo incertidumbre de los efectos que podría tener sobre su medio ambiente, la Corte Internacional de

31. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317, p. 315.
32. *Ibid*., p. 305.
33. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3, p. 31, par. 72 y *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175, p. 200, par. 63.
34. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996,* p. 226, p. 242, par. 31.

Justicia decidió que las partes en litigio estaban en la obligación de tomar todas las medidas necesarias para lograr la protección del medio ambiente, en particular sobre la calidad de las aguas, la naturaleza y los intereses en materia de pesca[35].

5. Conclusión – estatus jurídico

Conforme se estudió, la prevención de los daños al medio ambiente es un pilar fundamental de las normas de derecho internacional ambiental; el objetivo inicial que se concreta en el principio de acción preventiva, no puede ser otro que evitar o prevenir los perjuicios que pudieren causarse cuando exista un riesgo para la integridad del medio ambiente, poniendo en ejecución medidas que se anticipen a la consumación de un daño con consecuencias irreparables.

En consecuencia, la acción preventiva posee actualmente el estatus de principio general de derecho internacional ambiental, como una importante fuente de derecho en la creación e interpretación de las disposiciones y directrices para la conservación del medio ambiente; su carácter de norma fundamental e intrínseca en esta rama del derecho internacional le ha proporcionado la fuerza suficiente para ser considerado como un principio general aceptado por numerosos sujetos de derecho internacional. Además de ello, ha sido incorporado –aunque no de manera explícita- en tratados y convenciones que vinculan a las partes que los suscriben en casos muy específicos, y desarrollado e implementado por la jurisprudencia de diversos tribunales de derecho internacional, los cuales han establecido reglas especiales para ponerlo en ejecución.

Dadas las anteriores consideraciones, es preciso afirmar que si bien el principio de prevención tiene carácter vinculante respecto de las diversas materias específicas en las que ha sido incluido mediante tratados internacionales, su postulado, de manera general, en el derecho internacional no posee el estatus de costumbre internacional, no existiendo declaratoria en tal sentido por parte de ningún tribunal internacional, ni apoyo por parte de la doctrina, que lo ubique en dicha posición. Por ahora, su ubicación en el *corpus juris* del derecho internacional es realizada como principio general de derecho, parte del conjunto de fuentes de derecho internacional, conforme con el literal c) numeral 1° del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[36].

35. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, p. 65, par. 107.

36. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 6, artículo 38.

La eventual determinación del principio general de prevención como costumbre internacional vendría a darse en el momento en el que exista algún fallo de cierta relevancia que predique su existencia como tal, o se dé la aprobación de un tratado universal de derecho internacional ambiental que verifique el cumplimiento de la *opinio juris* y práctica estatal requeridos para su nacimiento a la vida jurídica.

Parte II. Principio de precaución

1. Introducción

Con el objetivo de minimizar los riesgos y las posibilidades de que las actividades humanas desencadenen consecuencias adversas sobre el medio ambiente, la ciencia ha buscado la certeza y fiabilidad de los datos que tiene a su disposición para el desarrollo de técnicas modernas de aprovechamiento de los recursos naturales. No obstante, la incertidumbre científica está presente en numerosas oportunidades, constituyendo un factor fundamental que debe ser tenido en cuenta en la valoración y gestión adecuada de los riesgos medioambientales que traen consigo actividades económicas, militares, etc., como sucede con los impactos negativos que la utilización de diversos productos, principalmente químicos, pueden tener sobre el medio ambiente o la salud humana, lo cual tiene su origen en la incapacidad de la ciencia para predecir los daños irreversibles que pueden producir las actividades industriales[37].

Cuando esta incertidumbre se relaciona con el escenario de toma de decisiones en materia de protección del ambiente, el derecho internacional ambiental ha consagrado el principio de precaución, con el fin de prevenir la ocurrencia de daños en el futuro, teniendo en cuenta las lecciones del pasado[38]; buscando evitar que la ciencia caiga en la "parálisis de la incertidumbre", el derecho internacional ha visto la necesidad de consagrarlo en diversos instrumentos internacionales para la conservación del medio ambiente[39] e incluirlo en el conjunto de instituciones básicas en el tema ambiental.

Con el fin de profundizar en el estudio del principio de precaución, es necesario analizar su concepto, las principales perspectivas y algunas discusiones que han surgido en torno a su definición en las normas internacionales; a continuación, se

37. Trudeau, Hélène, "Du droit international au droit interne: l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement", en *Queen's Law Journal*, 2002-2003, (28), pp. 455-527, p. 457.
38. Peel, Jacqueline, "Precaution –A Matter of Principle, Approach or Process", en *Melbourne Journal of International Law*, 2004, (5), pp. 483-501, p. 484.
39. McIntyre, Owen y Mosedale, Thomas, "The precautionary principle as a norm of customary international law", en *Journal of Environmental Law*, 1997, (9), pp. 221-241, p. 221.

estudiará su inclusión en instrumentos de derecho internacional, tanto en declaraciones de principios como en tratados internacionales; posteriormente, se estudiará su desarrollo en la jurisprudencia internacional; y, finalmente, se concluirá con la definición de su estatus jurídico actual en el derecho internacional ambiental.

2. Definición y características del principio

El principio de precaución permanece aún sin definición precisa, pese al incremento en su aplicación por parte del derecho internacional[40]. Actualmente su contenido central está previsto en el Principio 15 de la Declaración de Río, que establece lo siguiente:

> *"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"*[41].

Este principio, que ahora posee carácter internacional, tiene su origen en sistemas jurídicos nacionales, especialmente en la antigua República Federal de Alemania, que en 1971 preveía en su Programa Ambiental la realización de estudios sobre compatibilidad ambiental de un gran conjunto de acciones federales, proponiendo que el principio fuera estudiado y adoptado en escenarios internacionales[42].

Algunos autores atribuyen la aparición del principio de precaución a tres características evidentes del medio ambiente: primero, las personas son, en general, propensas a prestar poca atención a cierto tipo de riesgos, ya que algunos daños pueden llegar a ser manifiestos sólo muchos años después de los eventos que los originaron; segundo, los impactos en el medio ambiente pueden ser difíciles o imposibles de invertirse en escalas humanas de tiempo; y tercero, recurrir a la política una vez las elecciones están hechas, es con frecuencia inútil, ya que algunas decisiones son literalmente irreversibles en la práctica[43].

Han existido algunas posiciones tradicionales en materia de riesgos al medio ambiente y la función que la ciencia desempeña en su tratamiento. Éstas están

40. Charest, Stephen, "Bayesian Approaches to the Precautionary Principle", en *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 2001-2002, (12), pp. 265-291, p. 265; Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 263.
41. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10.
42. McIntyre, Owen y Mosedale, Thomas, óp. cit., *supra* nota 39, p. 221.
43. Doremus, Holly, "Precaution, Science and Learning while doing in natural resource management" en *Washington Law Review Association*, 2007, (82), pp. 547-579, p. 551.

agrupadas en el denominado "enfoque de la capacidad asimilativa", el cual reposa principalmente sobre cuatro planteamientos: la ciencia puede predecir con precisión las amenazas al medio ambiente; puede proveer soluciones técnicas para mitigar tales amenazas; tendrá suficiente tiempo para actuar; y de esta forma logrará una mayor eficiencia en la utilización de los escasos recursos financieros[44].

Frente a estas posiciones, el principio de precaución ha planteado que el medio ambiente es vulnerable, que la ciencia posee limitaciones para predecir con exactitud las amenazas al medio ambiente y que dispone de pocas alternativas, productos y procesos menos perjudiciales[45].

Esta respuesta, proferida con un criterio esencialmente ambiental, significó un trascendental avance con respecto al enfoque tradicional, el cual sugería que las acciones deberían ser tomadas donde hubiera la certeza científica de la ocurrencia de un daño al medio ambiente y, *contrario sensu*, que en ausencia de tal evidencia ninguna acción sería requerida[46]. La precaución como una medida jurídica internacional ante la incertidumbre científica de eventuales daños ambientales constituye una mirada progresista al enfoque previsto por el sistema internacional frente a un bien común como el medio ambiente.

3. Regulación internacional del principio de precaución

El principio de precaución comenzó a cristalizarse a través de instrumentos jurídicos que regulaban aspectos particulares del derecho internacional ambiental. Entre los primeros tratados en reconocer las fallas que presentaba el enfoque tradicional se encuentra la Convención sobre Accidentes en el Mar por hidrocarburos, que dispone que las Partes "*podrán tomar en alta mar las medidas necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*", teniendo en cuenta "*la extensión y probabilidad de los daños inminentes si no se toman esas medidas*"[47].

Así mismo, el principio fue consagrado en la regulación de otras materias específicas. Al respecto, en el campo de la contaminación atmosférica, pueden citarse la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, que establece que

44. McIntyre, Owen y Mosedale, Thomas, óp. cit., *supra* nota 39, p. 222.
45. *Ibid*., p. 222.
46. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 268.
47. Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969, artículos I y V, (3) (a) (cursiva fuera del texto).

se tendrán presentes "*las medidas de precaución que ya se han adoptado, en los ámbitos nacional e internacional, para la protección de la capa de ozono*"[48]; y su Protocolo adicional de Montreal, que dispuso que se protegerá la capa de ozono "*adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente el total de emisiones mundiales de las sustancias que la agotan*"[49].

En la regulación sobre el medio ambiente marino, el principio de precaución tuvo —en las décadas de 1980 y 1990— importantes desarrollos. La Declaración Ministerial de la Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, de 1984, reflejó la preocupación de que los Estados no deben esperar a comprobar los efectos perjudiciales antes de tomar acciones, si el daño al medio ambiente marino puede ser irreversible o remediable sólo mediante un gasto considerable y por un largo período[50]; la Declaración de la Segunda Conferencia del Mar del Norte de 1987 propuso que un criterio de precaución es necesario para proteger el Mar del Norte de posibles efectos perjudiciales de las más peligrosas sustancias, requiriendo acciones para el control de la emisión de tales sustancias, incluso antes de que una clara y absoluta evidencia científica estableciera un vínculo causal [51]; y la Declaración de la Tercera Conferencia del Mar del Norte de 1990, en la cual los participantes insistieron en continuar la aplicación de este principio[52].

Esta iniciativa de incluir el principio de precaución en la conservación del medio ambiente marino continuó con la suscripción de la Convención OSPAR (Oslo – París) para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Noreste, la cual estableció como una de las obligaciones generales de las Partes contratantes la aplicación del principio en mención conforme con la cual, "*deben ser tomadas las medidas preventivas cuando existan motivos razonables para preocuparse del hecho que sustancias o energía introducidas directa o indirectamente en el medio marino, puedan provocar riesgos para la salud humana, daños a los recursos vivos y ecosistemas naturales*"[53]. Esta disposición es implementada por medio del Procedimiento Previo de Justificación de la Comisión de Oslo, organismo reemplazado por la Comisión OSPAR, que ha sido descrito como la más rigurosa aplicación de este principio[54] y en el cual se atribuye a la parte que descargue desechos industriales la obligación de probar que no existen alternativas prácticas en tierra y que los materiales vertidos no causarán daños al medio ambiente marino.

48. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, Preámbulo.
49. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, Preámbulo.
50. Declaración Ministerial de la Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, Bremen, noviembre 1º de 1984, Preámbulo.
51. Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia sobre la Protección del Mar del Norte, Londres, noviembre 25 de 1987.
52. Informe de la Tercera Conferencia del Mar del Norte, La Haya, marzo 8 de 1990.
53. Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico del Noreste (OSPAR), París, septiembre 22 de 1992, artículo 2 (2) (a).
54. Freestone, David, "The Road to Rio: International Environmental Law after the Earth Summit", en *Journal of Environmental Law*, 1994, (6), pp. 193-218.

Previamente, se había producido la Declaración Ministerial de Bergen sobre Desarrollo Sostenible de 1990, primera manifestación del derecho internacional en considerar el principio de precaución como de aplicación general y vincularlo al desarrollo sostenible, al establecer que:

> *In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation*[55].

La Declaración de Bamako de 1991 propuso una nueva versión del principio de precaución, al establecer que se prevendrá la emisión de sustancias que puedan causar perjuicios a los seres humanos o al medio ambiente sin esperar prueba científica respecto a tales daños[56]. Esta formulación del principio, contrario a lo prescrito por la mayoría de tratados y declaraciones, no exige que los daños sean serios, irreversibles o graves, convirtiéndose en una de las más importantes, trascendentales y estrictas definiciones del principio de precaución[57] y un avance importante en su definición en el derecho internacional. En este orden de ideas, puede plantearse que si bien su interpretación tradicional incluye las consideraciones de impacto ambiental en la toma de decisiones que pueden conllevar un riesgo para el medio ambiente, la nueva visión del principio propone una perspectiva más progresista, al buscar hacerlo aplicable a cualquier circunstancia -cualquiera sea su gravedad- que represente una amenaza a la integridad del medio ambiente.

En este proceso de regulación legal internacional del principio de precaución, otros tratados y organismos a nivel mundial y regional lo han propuesto y consagrado en algunas de sus disposiciones. El Convenio de Helsinki sobre cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales estableció que las acciones tendientes a evitar el potencial impacto transfronterizo de la emisión de sustancias peligrosas no deben ser pospuestas en el campo en el cual la investigación científica no haya podido proveer completamente un nexo causal entre tales sustancias, de un lado, y el potencial impacto transfronterizo, del otro lado[58].

55. Declaración Ministerial sobre Desarrollo Sostenible en la Región de la Comunidad Económica Europea, Bergen, Noruega, mayo 16 de 1990. "*Para lograr el desarrollo sostenible, las políticas deben estar basadas en el principio de precaución. Las medidas medioambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas de la degradación del medio ambiente. Cuando haya peligro de daño serio o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas para prevenir la degradación del medio ambiente*".
56. Convención sobre la Prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos dentro de África, Bamako, Malí, enero 29 de 1991, artículo 2 (5) (a).
57. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 270 y Stevens, Mary, "The Precautionary Principle in the International Arena", en *International & Comparative Environmental Law*, 2002, (2), pp. 13-15, p. 14.
58. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, *supra* nota 28, artículo 2 (5) (a).

Por su parte, la Convención Marco sobre el Cambio Climático incluyó el deber de tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos[59]; y en la segunda reunión de las Partes de la Convención de Cartagena para el Medio Ambiente Marino de la Región Caribe[60], México propuso que el criterio de precaución fuera adoptado como un principio operativo para todas las decisiones, lo cual no pudo realizarse por oposición del representante de Estados Unidos[61].

Además, el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) estableció que esperar la prueba científica con respecto al impacto de contaminantes descargados en el medio ambiente marino podría tener como resultado un perjuicio irreversible en el medio marino y el humano, recomendando a todos los gobiernos adoptar el principio de precaución como base de su política para prevenir y eliminar la contaminación marina[62].

El principio de precaución también ha tenido aplicación en las normas de conservación de la naturaleza. Los Estados Parte de la CITES reconocieron en 1994 que, en casos de incertidumbre y en virtud de este principio, cuando las partes consideren propuestas reformatorias de sus apéndices I y II deberán actuar con el mejor interés para la conservación de las especies [63]; el Convenio sobre la Diversidad Biológica estableció que "*cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza*"[64]; y el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces consagró que las Partes deben aplicar el criterio de precaución al implementar medidas de conservación y administración para la Alta Mar[65].

Además, puede mencionarse que, en cierta medida, la imposición de la moratoria para la caza comercial de ballenas, aprobada en 1982 y en vigor desde 1986, adoptada por el Comité Científico de la Comisión Ballenera Internacional, ha actuado como un mecanismo de precaución al conceder ciertas cuotas de caza para áreas de menor tamaño y protegiendo algunas especies en determinadas zonas[66] con el fin de evitar que se cause un gran impacto sobre la población de ballenas a nivel internacional.

59. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 3 (3).
60. Convención de Cartagena para la Protección y Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, Cartagena, marzo 24 de 1983.
61. McIntyre, Owen y Mosedale, Thomas, óp. cit., *supra* nota 39, p. 226.
62. Decisión 15/27 de mayo 25 de 1989 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) sobre El Criterio de Precaución en el Medio Marino.
63. Resolución Conf. 9.24 (Rev. CoP14) –Novena Conferencia de los Estados Parte de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES, realizada en Fort Lauderdale, Estados Unidos, de noviembre 7 a 18 de 1994.
64. Convenio sobre la Diversidad Biológica, *supra* nota 23, Preámbulo.
65. Acuerdo sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, Nueva York, diciembre 4 de 1995, artículo 5 (c) y 6 y Anexo II. El artículo 6 del Acuerdo contiene directrices más detalladas para la aplicación del criterio y establece que los Estados deberán ser especialmente prudentes cuando la información sea incierta, poco fiable o inadecuada. Igualmente, que la falta de información científica adecuada no se aducirá como razón para aplazar la adopción de medidas de conservación y ordenación o para no adoptarlas.
66. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 455.

4. Jurisprudencia internacional en torno al principio

Además del desarrollo que el principio de precaución ha tenido por vía de declaraciones y tratados internacionales, también ha habido un gran aporte a su evolución por parte de algunas decisiones de la justicia internacional, las cuales han arrojado cierta claridad acerca del alcance y significado del principio y contribuido en la construcción de una definición jurídica más precisa del mismo en situaciones concretas de conservación ambiental.

Entre los tribunales y Cortes que se han pronunciado, se encuentran la Corte Internacional de Justicia, en sus fallos sobre los Ensayos Nucleares y *Gabčíkovo*-Nagymaros; la Organización Mundial del Comercio, en el caso de Beef Hormones; el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, en los casos de la planta MOX y Southern Bluefin Tuna; y la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Balmer-Schafroth.

a. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Algunos Estados han justificado su actuación en el principio de precaución ante la Corte Internacional de Justicia en dos casos diferentes: Nueva Zelanda, en su controversia con Francia por los ensayos nucleares realizados por esta última en el Pacífico, y Hungría en su disputa referente al proyecto *Gabčíkovo*-Nagymaros.

En el primero de ellos, Nueva Zelanda describió la precaución como un principio operativo y ampliamente aceptado en el derecho internacional, lo cual implicaba que Francia debía probar que los ensayos nucleares pretendidos no causarían un daño medioambiental[67], a lo cual Francia respondió que el estatus del principio "*permanece absolutamente incierto*"[68]. En su decisión, la Corte Internacional de Justicia no hizo referencia expresa al principio de precaución, aunque el juez Weeramantry, en su opinión disidente, manifestó que éste ha evolucionado y que recibe una creciente adhesión como componente del derecho internacional ambiental, estando regulado en diferentes tratados concernientes a la protección ambiental y siendo plenamente aplicable al litigio en cuestión[69].

Por otro lado, Hungría invocó la precaución en sus alegatos referentes al proyecto *Gabčíkovo*-Nagymaros[70]. No obstante, la Corte Internacional de Justicia no

67. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in* Nuclear Tests (Australia v. France), *Case, I.C.J. Reports 1995*, p. 288, p. 290, par. 5.
68. Transcription of Public sitting held on Tuesday 12 September 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in *Nuclear Tests (Australia v. France)* Case, *supra* nota 67, p. 56.
69. Citando a Philippe Sands, el juez Weeramantry sostuvo que "*The law cannot function in protection of the environment unless a legal principle is evolved to meet this evidentiary difficulty, and environmental law has responded with what has come to be described as the precautionary principle - a principle which is gaining increasing support as part of the international law of the environment*". Ver Opinión disidente juez Weeramantry, en *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in* Nuclear Tests (Australia v. France), *supra* nota 67, p. 342-344.
70. Memorial de la República de Hungría, pp. 198 en *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35.

elaboró en su decisión un estudio expreso del principio, aunque hizo referencia al concepto de "*estado de necesidad*", como justificante de la actuación de Hungría que consistió en dar por terminado el tratado de 1977, suscrito con Eslovaquia, para la construcción de las represas de agua en beneficio de ambos países, y en el cual está presente la noción de peligro y riesgo, que debe ser grave e inminente[71], elementos que guardan cierta similitud con los componentes fundamentales del principio en mención[72].

b. Jurisprudencia del Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio

En 1998 el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio estudió el principio en el caso de *Beef Hormones* entre la Comunidad Europea y Estados Unidos y Canadá, originado por la prohibición impuesta por la primera de importar carne de los dos Estados de Norteamérica, debido a que era producida con hormonas artificiales y representaba un impacto incierto sobre la salud humana. La Comunidad Europea argumentó que la precaución era realmente una regla de costumbre internacional o al menos un principio general de derecho, que debía ser aplicado para la evaluación y administración de los riesgos, conforme a los artículos 5.1 y 5.2 del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias[73]; por su parte, Estados Unidos negó que este fuera un principio de costumbre internacional y prefirió caracterizarlo como un "*criterio*" que no obstante carecer de obligatoriedad jurídica, podría ser considerado[74]; finalmente, Canadá se refirió a la precaución como un "*principio emergente de derecho internacional*" que sería seguramente cristalizado en el futuro como principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, tal como lo dispone el Artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[75], pero que no se había verificado su existencia aún y, por ende, no era aplicable para el caso concreto.

El Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio finalmente decidió que la precaución no predominaba sobre las normas alegadas del Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y reconoció que el principio estaba sujeto a continuo debate en el derecho internacional y que estaba siendo cristalizado como un principio de costumbre en el derecho internacional ambiental[76].

71. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, pp.40-41, par. 52.
72. Según Sands, la Corte no dio respuesta a la petición de Hungría de aplicar el principio de precaución, por cuanto estaba obligada a aplicar la legislación en vigor en 1989, fecha en la cual Hungría suspendió los trabajos en el proyecto *Gabčíkovo*-Nagymaros, y cuando el principio no había emergido y no podía ser aplicado, prácticamente hablando, como norma de derecho internacional. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 275.
73. *EC –Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, par. 16.
74. *Ibid.*, par. 43.
75. *Ibid.*, par. 60.
76. El Órgano de Apelaciones de la OMC concluyó que no aparecía claro que los Miembros aceptaran el principio como de costumbre internacional y que consideraba innecesario y probablemente imprudente tomar posición en esta importante pero abstracta cuestión, la cual requiere una formulación autorizada. Así mismo, anotó que en el caso Gabčíkovo-Nagymaros, la Corte Internacional de Justicia no identificó el principio de precaución como una norma recientemente desarrollada en el campo de la protección ambiental que pudiera prevalecer sobre las obligaciones surgidas del tratado de 1977 entre Hungría y Checoslovaquia. Ibid., par. 123 y 93.

Esta posición parece ser la perspectiva actual y predominante en el escenario del derecho comercial internacional.

c. Jurisprudencia del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar

El Tribunal Internacional para el Derecho del Mar también ha conocido algunas controversias concernientes a la aplicación del principio de precaución, mostrando estar considerablemente más abierto a su aplicación.

En 1999 conoció la disputa entre Australia y Nueva Zelanda contra Japón con respecto a los casos de *Southern Bluefin Tuna*, en los cuales los demandantes solicitaron que se aplicara consistentemente el principio de precaución en la pesca del atún *bluefin* (atún de aleta azul o atún rojo) del sur mientras estuviere pendiente la disputa. El Tribunal expresó en su decisión final que las partes debían actuar con prudencia y precaución para asegurar que fueran tomadas medidas efectivas de conservación con el fin de prevenir daños serios a las poblaciones de atún *bluefin* del sur[77]; además, que no había certeza científica con respecto a las medidas a ser tomadas para conservar los mencionados peces[78]; y que, aunque no se evaluara concluyentemente la evidencia presentada por las partes, las medidas debían ser tomadas con carácter urgente para preservar los derechos de las partes y evitar el posterior deterioro de las poblaciones de atún *bluefin* del sur[79]. De esta forma, el Tribunal suspendió los programas de pesca experimental y claramente tuvo en cuenta el criterio de precaución para argumentar su decisión.

Posteriormente, el Tribunal conoció otra controversia que contenía la aplicación del principio de precaución. En 2001, Irlanda requirió ante este tribunal al Reino Unido con ocasión de los graves daños directos o indirectos que producía la planta MOX y el movimiento internacional de material radioactivo asociado con el trabajo de la planta sobre el Mar Irlandés. Irlanda sostuvo que correspondía al Reino Unido probar que ningún daño sería ocasionado por el vertimiento y otras consecuencias de la operación de la planta MOX y que era urgente que el Tribunal tomara medidas al respecto[80]; el Reino Unido contestó que, en ausencia de evidencia que mostrara un riesgo real de daños, no podría restringírsele su derecho de poner en funcionamiento la planta[81]. Aunque el Tribunal no decidió la suspensión de las operaciones de la planta MOX, ordenó a las partes cooperar

77. Southern Bluefin Tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases Nos. 3 y 4, Provisional Measures, Year 1999, 27 August 1999, p. 17, prescription 1 f).
78. *Ibid*., p. 14, par. 79.
79. *Ibid*., p. 14, par. 80.
80. The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom), Request for provisional measures, International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases No. 10, Year 2001, Order of 3 December 2001, p. 11, par. 71.
81. United Kingdom Response, The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom), *supra* nota 80, 15 November 2001.

y entrar en consultas para intercambiar información acerca de las posibles consecuencias que podría tener sobre el Mar Irlandés y encargó a la planta MOX diseñar medidas para prevenir la contaminación del medio ambiente marino cuando ella pudiere resultar de la realización de sus actividades[82].

d. Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

En el campo de la justicia internacional para los derechos humanos también se ha presentado discusión en torno al principio de precaución. La Corte Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 1987 en el caso Balmer-Schafroth contra Suiza, negó la petición del demandante consistente en establecer que este Estado había fallado por no proporcionar una revisión administrativa al prolongar la operación de un servicio nuclear, en desconocimiento del Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos[83].

A juicio de la Corte, no fue establecido el nexo causal entre las condiciones de operación de la estación nuclear y el derecho a la protección de la integridad personal, sin quedar demostrado que la planta expusiera al demandante a un peligro, no sólo serio, sino específico[84]. Sin embargo, algunos miembros de la Corte se apartaron de esta decisión, argumentando que ésta ignoraba la tendencia entera de las instituciones internacionales y el derecho internacional público hacia la protección de personas y su patrimonio, como es evidente en el desarrollo del principio de precaución[85].

5. Algunas discusiones alrededor del principio

Como se demostró en el estudio de los instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de justicia internacional, los Estados no han estado de acuerdo en el valor jurídico otorgado a la precaución, lo cual puede constatarse en la disparidad de definiciones que se han dado al concepto en los diversos tratados y decisiones internacionales estudiados; mientras éstas hablan del "principio de precaución", aquellos han hecho referencia esencialmente al "criterio" o "enfoque de precaución"[86]. Esta distinción, aunque puede carecer de sentido en palabras de algunos autores[87], puede ser un interesante tema que ayude a elucidar los principales problemas suscitados actualmente alrededor de la interpretación y aplicación de la materia en el campo del derecho internacional[88].

82. The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom), *supra* nota 80, p. 13, par. 89 (1).
83. Balmer-Schafroth v. Switzerland case, Reports-IV, European Court of Human Rights, Decision of 26 July 1987.
84. Ibid., par. 40.
85. Opinión disidente del juez Pettiti, y los jueces Golcukul, Walsh, Russo, Valticos, Lopes Rocha y Jambrek en Balmer-Schafroth v. Switzerland case, *supra* nota 83.
86. Al respecto, puede mencionarse el Principio 15 de la Declaración de Río; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, *supra* nota 25, Preámbulo y artículo 1; y el Convenio sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Estocolmo, mayo 22 de 2001, artículo 1.
87. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 116.
88. Peel, Jacqueline, óp. cit., *supra* nota 38, pp. 490-491.

Entender la precaución como un criterio significa, según Peel, autorizar o permitir tomar medidas de este tipo en ciertas circunstancias, sin establecer una respuesta o regla particular para todos los casos; en este sentido, más que un principio que cree una obligación de actuar para enfrentarse a un daño potencial cuando emerja la falta de certeza científica, un criterio puede dar más flexibilidad para responder, dependiendo de la apreciación de la ausencia de certeza subyacente y de la seriedad de los daños ambientales comprometidos[89].

En el campo político esta distinción parece tener una especial resonancia. Comprender la precaución como un "principio" es una postura que ha sido defendida por muchos Estados en respuesta a las preocupaciones sobre los posibles riesgos de las nuevas tecnologías, especialmente los Organismos Genéticamente Modificados. Al respecto, Peel menciona las negociaciones del Protocolo de Bioseguridad, en las cuales la Unión Europea y algunos países en vías de desarrollo –especialmente de habla francesa– defendieron la consideración de la precaución como un principio general, mientras que Estados Unidos y otros miembros del bloque de países agrícolas exportadores —conocido como el "Grupo de Miami"— se opusieron a esta iniciativa, generando la definitiva consagración del criterio de precaución[90]. Así mismo, en el caso *Beef Hormones* entre Estados Unidos, Canadá y la Comunidad Europea, Estados Unidos nuevamente propuso entender la precaución como un criterio y no como un principio de derecho internacional consuetudinario[91].

Otro elemento discutido alrededor del principio de precaución es el de la denominada "carga de la prueba". Tradicionalmente se ha entendido que la obligación de probar que un determinado comportamiento causa o puede, probablemente, generar un daño al medio ambiente, recae en quien se oponga a esta actividad y manifieste que es perjudicial al medio ambiente[92].

No obstante, se ha propuesto un nuevo enfoque alternativo, conforme al cual la carga de la prueba debe desplazarse y recaer en quien pretenda realizar una actividad que pueda afectar al medio ambiente, correspondiéndole probar que tal actividad no causará un daño ni representa una amenaza al medio natural[93]; este enfoque, que en términos de protección ambiental representa un gran avance con respecto al enfoque tradicional, ha generado reticencia en los sectores eco-

89. *Ibid.*, p. 491.
90. *Ibid.*, p. 491.
91. *Ibid.*, p. 491.
92. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 273.
93. Ibid, p. 273.

nómicos y estatales, toda vez que predica una mayor responsabilidad en quien crea los riesgos para el medio ambiente –Estados y proyectos económicos poderosos en la mayoría de casos[94].

Pese a estos avances en el plano conceptual, el enfoque tradicional continúa prevaleciendo en la práctica; aunque haya una creciente evidencia de que esta nueva interpretación comienza a ser respaldada por la práctica de los Estados, aún no existe suficiente soporte para considerarla como una regla de aplicación general[95]; los Estados son renuentes a proponer normas y enfoques que los obliguen a probar que sus iniciativas de aprovechamiento de los recursos naturales no causarán un menoscabo al medio ambiente, frente a lo cual han aducido, ente otras razones, la "falta de certeza" como característica inherente al proceso científico[96].

6. Conclusión – estatus jurídico

Ante la incertidumbre que frecuentemente existe en la realización de actividades técnicas y científicas sobre el medio ambiente, el derecho internacional ambiental ha creado algunas limitaciones que le permitan salvaguardar la supervivencia del planeta y los recursos naturales; entre éstas, el principio de precaución se ha convertido en la herramienta más apropiada para enfrentar los eventos en que puede producirse un impacto negativo sobre el medio ambiente cuando se lleven a cabo actividades científicas y técnicas, proponiendo la adopción del compromiso por parte de los Estados de no posponer la toma de medidas efectivas de protección del ambiente cuando se sospeche que pueden causarse algunos daños sobre él.

Como muestra de su idoneidad y actualidad, la precaución ha recibido respaldo por parte de los Estados que la han incluido en numerosos tratados y declaraciones de principios con carácter mundial y la han utilizado en numerosos alegatos ante órganos judiciales internacionales.

Sin embargo, pese a la permanente regulación jurídica del principio de precaución a través de diversos instrumentos de derecho internacional, la discusión sobre la interpretación del concepto y su estatus jurídico actual en el derecho internacional no han sido pacíficas. Algunos de sus elementos prácticos se han

94. Stevens, Mary, óp. cit., *supra* nota 57, p. 13.
95. Entre los instrumentos que han adoptado este enfoque, pueden citarse la Directiva de la Comunidad Europea de 1991 sobre desechos urbanos en aguas, requiriendo la presentación de estudios que indiquen que tales descargues no afectarán de manera adversa el medio ambiente, y las Convención OSPAR de 1992, que obliga a las Partes a presentar los resultados de estudios científicos mostrando que todas las eventuales operaciones de inmersión no generarán riesgos para la salud humana. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 273.
96. Stevens, Mary, óp. cit., *supra* nota 57, p. 15.

debatido en los últimos años y diversas interpretaciones, usos y enfoques del mismo se han propuesto, en función de los intereses y perspectivas históricas adoptadas por los Estados y la comunidad internacional, corroborado por el surgimiento de numerosas controversias sometidas a tribunales y Cortes internacionales en diversas materias.

Mcintyre y Moselade consideran que el principio de precaución posee en la actualidad el estatus de costumbre internacional[97], lo cual está sustentado en la práctica constante de los Estados y su intención de consagrarlo ampliamente en numerosos instrumentos de derecho internacional. En igual sentido se pronuncia Cameron, para quien la precaución ha sido implementada a través de las legislaciones nacionales, ratificación de tratados, respaldo y promulgación por organizaciones internacionales, así como por decisiones de las justicias nacionales, lo cual es una evidencia de la práctica suficiente de los Estados para plantear que este principio ha alcanzado el estatus de costumbre internacional[98].

Pese a ello, para otros autores existe aún desacuerdo entre los Estados sobre el otorgamiento del carácter de costumbre internacional al principio de precaución; consideran que no existe una comprensión clara y uniforme del significado del principio entre Estados y otros miembros de la comunidad internacional[99], aunada por las distintas formulaciones en los diferentes instrumentos jurídicos[100], y es difícil realizar un ejercicio de generalización que recoja en una sola definición y una sola comprensión el concepto de la precaución[101]; además, por el carácter variado y múltiple de los instrumentos que lo han consagrado, no existe claridad respecto de si se trata de una recomendación, una obligación o un deber para el cumplimento por parte de los Estados[102]; no obstante, según aduce Mead, a raíz de la continua discusión y redefinición del principio de precaución, éste pronto llegará a ser una norma de costumbre internacional[103].

En palabras de Sands, existirían elementos para plantear que la precaución posee en la actualidad el carácter de principio de costumbre internacional, lo cual se evidencia, de forma suficiente, en la práctica estatal y la elaboración del Principio 15 de la Declaración de Río y varias convenciones internacionales[104]; sin embargo, continúa Sands, dicha perspectiva únicamente encuentra total soporte dentro del contexto de la Unión Europea[105].

97. McIntyre, Owen y Mosedale, Thomas, óp. cit., *supra* nota 39, p. 235.
98. Cameron, James, "Future Directions in International Environmental Law: Precautions, Integration and Non-state Actors", en *Dalhousie Law Journal*, 1996, (19), pp. 122- 138, p. 127.
99. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 272.
100. Trudeau menciona, como casos de divergencia de la redacción del concepto en los tratados y declaraciones, que algunos de ellos establecen un grado de gravedad de los daños, que sean graves e irreversibles, mientras que en otros no se menciona el carácter que deben tener; así mismo, algunos textos, como la Declaración de Río, consagraron la "adopción de medidas eficaces" económicamente impostergables en función del criterio de precaución. También arguye Trudeau que la cuestión del grado de certeza científica necesaria para establecer cuándo existe un riesgo potencial para el medio ambiente o la salud humana suscita interrogaciones en torno a la precaución. Ver Trudeau, Hélène, óp. cit., *supra* nota 37, pp. 461-462.
101. *Ibid.*, p. 461.
102. Hickey, James E. (Jr.) y Walker, Vern R., "Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law", en *Virginia Environmental Law Journal*, 1994-1995, (14), pp. 423-454, p. 437.
103. Mead, Stephanie Joan, "The Precautionary Principle: A Discussion of the Principle's Meaning and Status in an Attempt to Further Define and Understand the Principle", en *New Zealand Journal of Environmental Law*, 2004, (8), pp. 137-176, p. 176.
104. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 279.
105. Ibid., p. 279.

Estas diferentes perspectivas demuestran el grado de discusión existente a nivel mundial sobre el estatus actual del principio de precaución en el derecho internacional ambiental, lo cual genera dudas en torno a su real existencia como norma de costumbre internacional, especialmente por la falta de acuerdo en la práctica estatal requerida para alcanzar tal estatus, de acuerdo con el artículo 38 (1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Podría entonces decirse que en la actualidad, y al momento en el que se escribe el libro, el principio de precaución no es una norma de costumbre internacional. De manera particular, éste carece aún del elemento de la práctica estatal necesaria, lo cual se encuentra materializado en la renuencia de algunos Estados a reconocerlo como norma vinculante (entre ellos Estados Unidos); por el contrario, el elemento de *opinio juris* del principio ha sido alcanzado en el derecho internacional, a causa del importante acervo de consideraciones doctrinarias y precedentes jurisprudenciales que lo reconocen como una norma que debe ser tenida en cuenta por los Estados. En conclusión, existe *opinio juris*, pero no la suficiente práctica estatal para constituirlo en la actualidad en costumbre internacional.

Además, la determinación del estatus de costumbre internacional acerca del principio de precaución se daría en el momento en que exista algún fallo de cierta relevancia que predique su existencia como costumbre internacional, o cuando un tratado internacional de ámbito universal incluya el principio de manera expresa e inequívoca.

De otra parte, la ambigüedad existente en torno a la definición y concepto del principio se ha constituido en un obstáculo a su reconocimiento como norma de costumbre internacional. Por cuanto no existe un tratado u otro instrumento de derecho internacional que lo defina de forma inequívoca, los Estados no han tenido un parámetro claro para guiar su práctica y conducta a nivel internacional, de lo cual surge la necesidad de que el principio sea impulsado por la vía de tratado internacional, con alcance global, permitiendo a los Estados tener total certeza del marco legal de actuación y las obligaciones que los vinculan frente a la efectiva conservación del medio ambiente.

En este sentido, dada esta indeterminación de su definición y la especial consagración que se ha hecho de ella en declaraciones de principios, la precaución

podría ser considerada actualmente como un parámetro de *soft law*, que, no obstante, sirve de criterio de interpretación de las demás fuentes formales de derecho internacional, en la rama de la protección ambiental, por lo cual la comunidad internacional no puede permanecer indiferente a su existencia y validez como un importante derrotero para su conducta en el presente y en el futuro.

Inclusive, podría decirse que nos encontramos ante un principio emergente en el derecho internacional ambiental, que se encuentra en permanente evolución y que tiende a concretarse y a modificarse con el progreso de la ciencia y la necesidad de proteger el medio ambiente y la salud humana de los nuevos riesgos que trae consigo el avance de la técnica y la explotación de los recursos naturales. Una práctica más reiterada de los Estados y un mayor acuerdo por parte de la comunidad internacional sobre su carácter vinculante, apoyado por una declaración de las cortes y tribunales internacionales que se produzca en el futuro en este sentido, serán el primer paso para llegar a una nueva norma de costumbre internacional. El derecho internacional se ha movido con tal rapidez en este ámbito que, si bien al momento del lanzamiento de la presente publicación no es considerado costumbre internacional, tal vez cuando este libro sea leído, la precaución ya haya adquirido dicho estatus jurídico internacional.

Parte III. Principio de "responsabilidad común pero diferenciada"

1. Introducción

El desarrollo de los pueblos a lo largo de la historia ha estado marcado por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales; factores como la explotación de los recursos hídricos, madereros y atmosféricos, y su aplicación en posteriores procesos industriales, han jugado un papel de vital importancia para el avance y subsistencia de los pueblos, sin los cuales su evolución hubiera sido imposible de lograr.

No obstante, este proceso no ha sido igual para todos los países; algunos de ellos, haciendo uso de su capacidad económica, han aprovechado de una forma más intensa los recursos naturales en su propio beneficio, causando un mayor impacto al medio ambiente dentro y fuera de su territorio.

Para hacer frente a esta situación de desigualdad en el aprovechamiento de los recursos naturales, el derecho internacional ha propuesto la aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada, cuyo estudio es indispensable cuando se aborda el derecho internacional ambiental. Con este fin, se hará un recuento de su origen conceptual, indagando sobre las causas que propiciaron su nacimiento, analizando sus objetivos, elementos, particularidades y discusiones alrededor de su aplicación; posteriormente, se estudiará su adopción y consagración en instrumentos de derecho internacional y, finalmente, se concluirá en la proposición de su estatus jurídico en el derecho internacional ambiental actual, esclareciendo si nos encontramos ante un principio general de derecho o si estamos en presencia de una nueva norma de costumbre internacional.

2. Concepto, elementos particulares y objetivos del principio

El concepto del principio ha sido íntegramente consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuyo Principio 7 establece que:

> *Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.*

De acuerdo con esta disposición, el principio de responsabilidad común pero diferenciada se concreta en la carga que el derecho internacional impone a los países para el resarcimiento de los daños producidos en el medio ambiente; de un lado, propone que todos los Estados son responsables por la contaminación del planeta y, por el otro, que la responsabilidad depende del nivel de polución producida y los efectos causados sobre el medio ambiente. En otras palabras, mientras todos los Estados son responsables de los problemas ambientales globales (como el calentamiento global y el agotamiento de la capa de ozono), algunos países son más responsables que otros[106].

106. Harris, Paul G., "Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy", en *New York University Environmental Law Journal*, 1999, (7), pp. 27-48, p. 30.

Las responsabilidad común pero diferenciada tiene en su origen la noción de la responsabilidad histórica de los países industrializados del Norte por la degradación ambiental ocasionada para alcanzar su riqueza[107]; de esta forma, el principio de responsabilidad común pero diferenciada surgió como un concepto legal que presume que los Estados desarrollados e industrializados poseen una mayor responsabilidad sobre la creación de problemas ambientales globales y que, por consiguiente, recae sobre ellos un mayor compromiso en la reparación de la contaminación causada al medio ambiente.

Este tratamiento diferencial que propone el principio de responsabilidad común pero diferenciada, en virtud de los distintos niveles de contaminación y deterioro causado por los países sobre el medio ambiente, es la aplicación de diversos principios generales de derecho internacional; de un lado, es la aplicación del concepto de equidad, conforme al cual la responsabilidad por la ocurrencia de un perjuicio al medio ambiente debe estar en cabeza de quien lo haya originado; *contrario sensu,* si este aprovechamiento que desigualmente han hecho los Estados de los recursos naturales impusiera la carga de su resarcimiento a la comunidad internacional en su conjunto, se presentaría una inequidad con respecto a quienes no participaron en la comisión de tales conductas perjudiciales al medio ambiente[108]; de otro lado, el principio de justicia también se encuentra en el origen del de responsabilidad común pero diferenciada, toda vez que la base de éste incluye la especial protección a los más débiles y desfavorecidos, compensación por las injusticias pasadas, etc.[109]; por último el de cooperación, al establecer un cierto nivel de compromiso entre los países en la responsabilidad por los daños causados al medio natural[110].

El principio de responsabilidad común pero diferenciada, de acuerdo con la consagración que ha hecho la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, posee varios elementos característicos: de un lado, la responsabilidad común de los Estados por los problemas ambientales generados por su desarrollo; y del otro, la necesidad de tener en cuenta diferentes circunstancias, particularmente en relación con la contribución a la creación de un problema ambiental y la capacidad de los Estados para darle solución[111].

La responsabilidad común de los Estados con relación a los problemas del medio ambiente tiene su origen en la noción de "patrimonio común de la humani-

107. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 107.
108. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 285 y Atapattu, Sumudu Anopama, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York, 2006, pp. 384-385 y 390.
109. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 386.
110. Stone, Christopher D., "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", en *American Journal of International Law*, 2004, (98), pp. 276-301, p. 277.
111. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 286.

dad"[112]. Permanentes desarrollos del derecho internacional ambiental en diversos temas[113], así como diferentes posiciones de la doctrina internacional, han considerado al medio ambiente como un bien que pertenece a toda la humanidad, del cual pueden aprovecharse todos los países en busca de su desarrollo y de cuya protección deben encargarse todos, ya que un daño a uno de sus elementos, en algún lugar del planeta, puede repercutir negativamente en otro de los elementos, que puede estar localizado en otro sitio del mundo[114].

Paralelo a la existencia de la responsabilidad compartida por todos los países, las disposiciones que consagran el principio exigen tomar en consideración algunos factores para ser aplicado, estableciendo una diferenciación en el nivel de responsabilidad que poseen los Estados; entre los argumentos que sustentan estas distinciones, Stone ha propuesto tres principales: de acuerdo con las necesidades, basados en las presiones que los países han hecho sobre el medio ambiente y según las capacidades en términos de riqueza y tecnología[115].

En este sentido, el principio de responsabilidad común pero diferenciada tiene en cuenta, de un lado, las especiales necesidades de los países en vías de desarrollo quienes, por limitación de recursos para mitigar los riesgos, son más vulnerables a las consecuencias que representan algunos de ellos, tales como el cambio climático y el derretimiento de hielos, entre otros[116]; además, facilita que estos países pobres sean tomados en cuenta en el desarrollo, aplicación e interpretación de las reglas de derecho internacional ambiental[117], haciéndolos partícipes de las soluciones a los daños ambientales, mediante la contribución de los países más ricos.

Por otro lado, tiene en cuenta las habilidades particulares que poseen algunos países para dar solución a los graves problemas medio ambientales, mediante la provisión de fondos, tecnología y políticas de prevención y mitigación de perjuicios al medio ambiente[118].

Como se deduce de lo anterior, los propósitos del principio de responsabilidad común pero diferenciada son múltiples: de un lado, busca soluciones para los problemas ambientales globales, haciendo partícipes de ello a todos los Estados, pero considerando los grados diferenciados de responsabilidad en dichos

112. Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, p. 28.
113. Al respecto, son numerosas las materias en las cuales este concepto ha estado presente y ha sido desarrollado en diversos tratados concernientes a la mayor parte de materias del medio ambiente. A manera de ejemplo, pueden citarse el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, Londres, Moscú y Washington, enero 27 de 1967, artículo 1; la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, Ramsar, Irán, febrero 2 de 1971, Preámbulo; Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, *supra* nota 24, Preámbulo; y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 27, Preámbulo. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, pp. 286-287 y Stone, Christopher D., óp. cit., *supra* nota 110, p. 278.
114. Ver Capítulo I. Instituciones del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. Desafíos impuestos por el Derecho Internacional Ambiental al derecho internacional clásico, 3. Los Comunes.
115. Stone, Christopher D., óp. cit., *supra* nota 110, p. 290.
116. Ibid., pp. 290-291.
117. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 394.
118. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 108.

problemas, así como sus particulares capacidades para repararlos[119]; de igual manera, según lo plantea algún autor, el principio persigue la redistribución de la riqueza, basada en nociones de restitución o enriquecimiento injusto[120], toda vez que el origen de la prosperidad de los países más desarrollados tiene sus más profundas raíces en la contaminación y destrucción del medio ambiente global y de los países más pobres del planeta[121].

En términos prácticos, como lo ha propuesto Sands, la aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada posee al menos dos consecuencias y efectos que deben ser tenidos en cuenta: en primer lugar, requiere que todos los Estados participen en la creación de medidas de respuesta internacional para resolver los problemas del medio ambiente, lo cual está directamente determinado por el carácter de bien común del medio ambiente y los daños que le han causado todos los países; en segundo lugar, éste debe encabezar la proposición de estándares medioambientales que impongan diferentes obligaciones a los Estados, proporcionando las herramientas para que algunos de ellos faciliten todos los recursos de que dispongan para hacer frente a la contaminación ambiental[122].

Sin embargo, la concepción y aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada no han sido pacíficas y han suscitado un cierto grado de discusión y resistencia por parte de varios países. Entre los temas, se han discutido los daños que deben estar incluidos en la responsabilidad de los países más industrializados, con relación a la temporalidad de los mismos, es decir, si los países desarrollados deben responder por los perjuicios ocasionados en todo momento histórico, tanto en el pasado, como en el presente o en el futuro; el Principio 7 de la Declaración de Río atrás referido no establece una distinción al respecto. Aunque de su texto podría inferirse que establece un compromiso que incluye la responsabilidad por los daños futuros[123], una versión "más amplia" del principio se ha inclinado por incluir los daños ocasionados en el pasado, toda vez que las naciones desarrolladas han obtenido su desarrollo precisamente gracias al agotamiento del medio ambiente y en detrimento de las naciones más pobres; en este sentido, se ha propuesto que los países industrializados deberían pagar por la modificación y reducciones que se ha ocasionado a los países en vías de desarrollo en el proceso de industrialización, constituyendo un resarcimiento efectivo por dichos menoscabos[124].

119. Bafundo, Nina E., "Compliance with the Ozone Treaty: Weak States and the Principle of Common but Differentiated Responsibility", en *American University International Law Review*, 2005-2006, (21), pp. 461-495, pp. 462-463.
120. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 107.
121. Entre los daños al medio ambiente debidos a la riqueza de los países industrializados, se destaca el cambio climático, producto de la emisión desmesurada a la atmósfera de gases de efecto invernadero. Weisslitz expone detalladamente este problema, demostrando que el principal propósito del principio de responsabilidad común pero diferenciada consiste en diferenciar entre países desarrollados y en vías de desarrollo para determinar el grado de responsabilidad que una Nación tiene en la solución y remedio del problema de gases de efecto invernadero. Ver Weisslitz, Michael, "Rethinking the Equitable Principle of Common but Differentiated Responsibility: Differential Versus Absolute Norms of Compliance and Contribution in the Global Climate Change", en *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, 2002, (13), pp. 473-509.
122. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 286.
123. En la Conferencia de Río se presentaron discusiones al respecto. Mientras los países del denominado Grupo 77, compuesto por los países en vías de desarrollo, propuso la responsabilidad de los países industrializados por los daños pasados, este último grupo de Estados se opuso fuertemente a esta pretensión, proponiendo la idea de la responsabilidad en la búsqueda del desarrollo sostenible, con un matiz marcadamente inclinado por los daños hacia el futuro. Ver French, Duncan, "Developing States and International Environmental Law: the Importance of Differentiated Responsibilities", en *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, (49), pp. 35-60, p. 37.
124. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 107.

Kiss y Shelton van más allá, al discutir el tema de la responsabilidad de los países industrializados. Según ellos, algunos ajustes deberían realizarse sobre la base de la restitución para el resarcimiento, sugiriendo que las naciones desarrolladas no tienen derecho a conservar la riqueza que han acumulado a través del desarrollo industrial, debido a que esos derechos fueron obtenidos de una forma que no justifica su retención, enfoque que se constituye en uno de los más ambiciosos a ser desarrollados en el plano internacional[125].

De otro lado, se ha cuestionado el tipo de responsabilidad que poseen los países en vías de desarrollo, la cual, como se ha dicho, es menor a la de los países industrializados; el tema ha originado polémica por cuanto, pese a que el principio considera la importancia de los países más pobres en la búsqueda de soluciones, toda vez que sus economías crecen y se industrializan, pudiendo causar daños masivos ambientales en el futuro[126], se ha impuesto un grado alto de responsabilidad a los países desarrollados y una mínima a los otros, ignorando el hecho de que estos Estados están creciendo rápidamente y en una dirección ambientalmente errónea[127]; de esta forma, y en el caso específico de los compromisos para la reducción de gases de efecto invernadero consagrados por el Protocolo de Kyoto, existe una diferenciación "inadecuada" a favor de los países menos desarrollados, al hacer no vinculantes para ellos los estándares de control de emisión de esos gases[128].

Esta discusión ha generado que se proponga a nivel internacional la adopción de un nuevo enfoque del principio de responsabilidad común pero diferenciada, en el caso particular de la emisión de gases contaminantes a la atmósfera, la cual tenga en cuenta el crecimiento exponencial en la emisión de gases de efecto invernadero por parte de los países en vías de desarrollo y, por consiguiente, una mayor responsabilidad de éstos en la reparación de los daños al medio ambiente[129].

Es indiscutible que el desarrollo que han venido presentando los países en vías de desarrollo ha tenido un impacto negativo sobre el medio ambiente; contaminación de fuentes de agua, emisión desproporcionada de gases de efecto invernadero y tala de bosques, entre otros, han estado presentes en el desarrollo de las naciones más pobres y deben recibir un tratamiento especial por el derecho internacional ambiental. Su grado de responsabilidad debe ser valorado por normas

125. *Ibid*., p. 108.
126. French, Duncan, óp. cit., *supra* nota 123, p. 50.
127. Weisslitz, Michael, óp. cit., *supra* nota 121, p. 491.
128. Incluso, según lo ha dicho Weisslitz, "ubicando los asuntos económicos por delante de los ambientales, la comunidad internacional está ignorando la severidad de la crisis del calentamiento global". Ibid., p. 489.
129. Weisslitz presenta un balance completo en el cual demuestra que los países en vías de desarrollo poseen una gran responsabilidad en la emisión de gases de efecto invernadero, con consecuencias negativas para el calentamiento global del planeta. Ibid., p. 489-490.

que consagren compromisos especiales para estos países, haciéndolos sujetos de un número cada vez mayor de obligaciones y responsabilidad por su desconocimiento, de manera particular y sin que les sea extensible el grado de responsabilidad de los países industrializados, quienes han contribuido históricamente en mayor medida a la destrucción del medio ambiente.

3. Instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el principio

El término responsabilidad común pero diferenciada es reciente en la normatividad internacional ambiental. No obstante, el aspecto de la responsabilidad diferenciada ha estado presente desde tempranos desarrollos del derecho internacional público[130].

No obstante, algunos instrumentos legales han hecho una referencia explícita o implícita al principio o a alguno de sus factores[131], principalmente en la diferenciación en favor de los países menos desarrollados. Por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite privilegios especiales para las naciones en vías de desarrollo y dependientes de la pesca[132]; la Convención de Viena de 1985 estableció que las obligaciones consagradas debían ser cumplidas por las Partes "*de conformidad con las medios de que dispongan y en la medida de sus posibilidades*"[133] teniendo en cuenta "*las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo*"[134]; además de los tratados que han establecido la responsabilidad común de todos los países en la solución de los problemas medioambientales[135].

Por su parte, la Declaración de Estocolmo reconoció, por primera vez, la responsabilidad internacional de proteger el medio ambiente para las generaciones futuras[136] y aplicó el principio en estándares diferenciales para los problemas ambientales internacionales[137]; esta respuesta se produjo luego de que los países en vías de desarrollo no aceptaron los mismos estándares de los otros temiendo que una aceptación en este sentido afectara gravemente sus economías.

Años más tarde, el Protocolo de Montreal a la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono incorporó algunas disposiciones con diferentes obligaciones para países desarrollados y en vías de desarrollo, así como ayudas para estos últimos países a través de la constitución de un Fondo Multilateral[138].

130. Al respecto, pueden mencionarse el Tratado de Versalles de 1919, que creó la Organización Internacional del Trabajo y el cual estableció que las diferencias de clima, hábitos y costumbres, de oportunidades económicas y tradición industrial, hacen que la estricta uniformidad en el trabajo sea difícil de lograr inmediatamente; y las disposiciones incluidas en el GATT en 1965, proponiendo la adopción de medidas no recíprocas de concesión comercial en favor de los países en vías de desarrollo. Para una exposición más completa ver Stone, Christopher D., óp. cit., *supra* nota 110, p. 290.
131. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, pp. 286-288.
132. Convención sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 9, artículos 61 (3), 62 (3), 69 (4), 70 (5), 82, 140, 144, 148, 150 y 152.
133. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, artículo 2 (2).
134. Ibid., Preámbulo.
135. Ver *supra* nota 113.
136. Ver Weiss, Edith Brown, "Intergenerational Equity: A Legal Framework for Global Environmental Change", en *Foundations of Environmental Law and Policy*, editado por REVESZ, Richard L., Oxford University Press, USA, 1997.
137. Weisslitz, Michael, óp. cit., *supra* nota 121, p. 480.
138. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, artículos 5, 9 y 10. Bafundo ha realizado un serio y completo estudio del Protocolo de Montreal de 1987, mostrando las estrategias creadas por él para asistencia a los países más pobres y para su efectivo cumplimiento. Ver Bafundo, Nina E., óp. cit., *supra* nota 119.

Este factor de los mecanismos de cooperación para financiar la asistencia a los países en vías de desarrollo es quizá uno de los más importantes componentes del principio de responsabilidad común pero diferenciada; muchos de estos países han argumentado, incluso, que tienen derecho a los recursos y tecnología de los países desarrollados y que éstos deben internalizar los costos medioambientales de la industrialización pendiente y futura de las naciones más pobres[139]; sin duda, la cooperación es la herramienta práctica con la cual el derecho internacional puede lograr hacer efectivos sus mandatos y hacer que los Estados respeten los compromisos adquiridos en virtud de la celebración de Tratados y Declaraciones de Principios[140]; esto es, sin la cooperación entre los países y la transferencia tecnológica y financiera desde los países más industrializados a los menos desarrollados, la materialización de los principios del derecho internacional ambiental y la realización del desarrollo sostenible serían imposibles.

Posteriormente, se produjo la primera adopción inequívoca del principio consagrada en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático, la cual estableció que "*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*"[141].

Esta consagración se dio como antesala a la definición final del principio en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo mencionada arriba, que en el Principio 6 establece una diferenciación a favor de los países más vulnerables, disponiendo que:

> *Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países*[142].

Sólo en la Conferencia de Río el principio de responsabilidad común pero diferenciada ganó importancia, principalmente en el contexto del cambio climático global[143]; esta inclinación a este tema específico se manifestó en la consagración

139. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 108.
140. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 289.
141. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 3 (1).
142. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 6.
143. Weisslitz, Michael, óp. cit., *supra* nota 121, p. 481.

que hizo el Protocolo de Kyoto al establecer que, para el cumplimento de los objetivos de las Partes del Protocolo, se tendrán en cuenta "*sus responsabilidades comunes pero diferenciadas*"[144].

El Protocolo de Kyoto, guiado por el principio de responsabilidad común pero diferenciada, ha establecido unos compromisos para los países más industrializados en la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero hasta el año 2012; esto ha significado que los países en vías de desarrollo no estén vinculados por los topes pretendidos por el Protocolo, argumento sobre el cual descansa la posición del gobierno de Estados Unidos para rehusarse a ratificar el Protocolo[145].

Pese a esta regulación específica, el principio de responsabilidad común pero diferenciada no ha sido objeto de posteriores desarrollos por parte de las normas de derecho internacional ambiental; son pocas las normas que lo consagran explícitamente, quedando un gran terreno para la actuación de la comunidad internacional en la aplicación del régimen de responsabilidad diferencial, teniendo en cuenta consideraciones sociales y de desarrollo entre los países, a otros temas y a otros campos del medio ambiente, como la responsabilidad por la desaparición de fauna y flora silvestre, y el deterioro y pérdida de los recursos marinos.

4. Conclusión – estatus jurídico

De esta forma, puede concluirse que existe en el desarrollo contemporáneo del derecho internacional una clara tendencia a tener en cuenta las diferencias sociales y económicas entre los países, para el establecimiento de numerosas reglas y principios; así mismo, ha ido cobrando gran importancia tomar en consideración el distinto grado de afectación que han causado los países al medio ambiente, para determinar el nivel de responsabilidad que es imputable a cada uno de ellos, en aplicación de los principio de equidad, justicia y cooperación.

Sin embargo, es evidente que aún es escasa su consagración en instrumentos de derecho internacional, lo cual ha planteado interrogantes en la doctrina internacional sobre su estatus jurídico actual y su carácter vinculante en el derecho internacional ambiental.

144. Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997, artículo 10. La inclinación por el principio aplicado al tema del cambio climático está, además, complementada con el interés de algunos autores por abordar el tema a profundidad, como lo ha hecho Harris al elaborar un estudio detallado de la Convención marco sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto en relación con el principio de responsabilidad común pero diferenciada. Ver Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, pp. 30 y ss.

145. Harris expone algunas de las posiciones manifestadas por el Senado de Estados Unidos y la administración Clinton, en el sentido de vincular a los países en vías de desarrollo al cumplimiento de las metas para hacer frente al cambio climático, dada su enorme responsabilidad en el mismo. Ver Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, pp. 42 y ss.

Puede decirse, con la mayor parte de los autores del tema, que la responsabilidad común pero diferenciada es actualmente un principio emergente en el derecho internacional ambiental[146]; su reciente aparición en el escenario internacional lo ubica como principio naciente de derecho internacional, como una norma general que comienza a ser reconocida para la regulación del régimen de responsabilidad por la ocurrencia de daños al medio ambiente, atribuyendo un mayor grado de la misma a quiénes han sido los mayores responsables en la comisión de tales conductas.

Este estatus de principio emergente está, además, soportado por la práctica estatal en los niveles global y regional[147]; el acuerdo logrado en la Declaración de la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992, la ratificación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto, por parte de un gran número de países sustenta esta posición y deja claro que el principio tiene fuerza y recibe cada vez mayor reconocimiento por parte de la comunidad internacional, excepto quizá por Estados Unidos, según se infiere de algunas declaraciones de sus representantes en la Conferencia de Río[148] y de su no ratificación del Protocolo de Kyoto[149].

La novedad del principio en el derecho internacional ambiental, su consecuente falta de desarrollo y aceptación como una norma vinculante por la mayor parte de los países, han hecho que sea prematuro afirmar que el principio de responsabilidad común pero diferenciada haya alcanzado el estatus de costumbre internacional[150]; aún no es claro que los Estados lo acepten como totalmente vinculante y que se hayan comportado de conformidad con él de manera reiterada y consecuente, aspectos necesarios para que una norma constituya costumbre internacional[151].

En conclusión, la consolidación del principio de responsabilidad común pero diferenciada depende del apoyo que, en el futuro, le proporcione la comunidad internacional a través de la proposición y suscripción de convenciones y tratados, haciéndolo vinculante y obligatorio para todos los países; por el momento, la emergencia de este principio seguirá arrojando algunas luces sobre el régimen de responsabilidad en materia de protección ambiental, moviéndose de ser un principio *soft* legal internacional –como se infiere de su consagración en la Decla-

146. Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, p. 28; Weisslitz, Michael, óp. cit., *supra* nota 121, p. 476; French, Duncan, óp. cit., *supra* nota 123, p. 35; y Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 381. Según Stone, el concepto de responsabilidad común pero diferenciada está recibiendo un creciente reconocimiento en el derecho internacional, aunque afirma que no hay prueba de que un nuevo principio normativo esté en juego. Ver Stone, Christopher D., óp. cit., *supra* nota 110, p. 276 y p. 300.
147. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 286.
148. Estados Unidos manifestó en la Conferencia de Río en 1992 que el principio "no implica un reconocimiento de alguna obligación internacional". Esta posición es expuesta por Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 107.
149. Los argumentos de Estados Unidos sobre la no ratificación del Protocolo de Kyoto están reseñados por Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, p. 35.
150. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 434.
151. Según lo expone Stone, las responsabilidades diferenciadas no han sido elevadas al estatus de regla de costumbre internacional, a pesar de las reivindicaciones ocasionales de sus proponentes. Ver Stone, Christopher D., óp. cit., *supra* nota 110, p. 299.

ración de Río– a un naciente pero cada vez más fuerte componente del derecho internacional[152]. Es indispensable, no obstante, que el principio se desplace del campo del control del cambio climático a las materias no caracterizadas aún por un tipo de responsabilidad que atribuya la reparación de los daños ambientales a los sujetos causantes de los mismos.

Parte IV. Principio de cooperación

1. Introducción

Uno de los temas fundamentales en la construcción del derecho internacional público con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial ha sido el de la cooperación internacional. El surgimiento de la Organización de Naciones Unidas en 1945, marcó un hito en la concepción del mundo y en la interpretación de los problemas internacionales, trazando nuevos objetivos para el máximo órgano de la comunidad internacional y los medios para hacerlos efectivos, entre los cuales se destaca la cooperación internacional entre los Estados.

Para abordar este concepto de manera más completa, es necesario hacer una breve contextualización de las disposiciones que lo consagran como noción básica en el derecho internacional general; posteriormente, se hará referencia a la cooperación como criterio especial y necesario del derecho internacional ambiental, esbozando algunas de las particularidades que adopta en esta materia específica; luego se hará una breve exposición de las normas y jurisprudencia internacionales que han desarrollado la cooperación y, finalmente, el planteamiento de su estatus legal en el actual derecho internacional ambiental, definiendo si se trata de un principio general de derecho o de una norma de costumbre internacional.

2. Aspectos generales de la cooperación en el derecho internacional público

Desde la creación de las Naciones Unidas, la cooperación internacional ha jugado un rol importante y su incremento en un amplio número de áreas ha sido significativo[153]; en primera instancia, sobresale su inclusión como medio y propósito establecido para hacer realidad los objetivos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas[154] el "*unir las fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad*

152. Harris, Paul G., óp. cit., *supra* nota 106, p. 45.
153. Neff, Stephen C., "A Short History of International Law", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 29-55, p. 50.
154. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 6, Capítulo I.

internacionales (…)" y "*tomar medidas colectivas y eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz (…)*"[155], lo cual ubica la noción de colectividad como un concepto fundamental para la construcción del nuevo orden mundial.

Complementario a ello, el Capítulo IX de la misma Carta está destinado exclusivamente a la cooperación internacional, económica y social, otorgando a las Naciones Unidas el deber de promoverla "[c]*on el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones*"[156]; este mandato ha sido desarrollado en diferentes campos de las relaciones internacionales, como la protección de los derechos humanos, la política monetaria internacional, el desarrollo económico y la conservación del medio ambiente, en un proceso acompañado por el rápido incremento en el número de organizaciones internacionales, programas de acción, asambleas de Estados, secretarías, convenciones, protocolos, etc[157].

En términos prácticos, este deber de cooperación entre los Estados se ha concretado en el compromiso colectivo de tomar acciones responsables para crear estándares razonables de vida para los países y los pueblos, proporcionando ayuda económica que incluye préstamos de parte de los gobiernos, proyectos de asistencia técnica, créditos desde las agencias especializadas de las Naciones Unidas y proyectos soportados por corporaciones privadas, conforme al *jus cogens* y a las normas de derecho internacional[158].

Esta regulación, originada en el campo del derecho internacional público general, repercute directamente en las normas relacionadas con la protección del medio ambiente; como se analizará, algunos conceptos fundamentales del derecho internacional ambiental, basados en el carácter transnacional de los recursos naturales, han hecho de la cooperación internacional un medio indispensable para la realización de los objetivos de conservación y protección del medio ambiente.

3. Aspectos particulares de la cooperación en el derecho internacional ambiental

Algunos autores sostienen que el origen de la cooperación internacional en materia ambiental se deriva directamente del artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas, que consagra el principio general de la buena vecindad y que tiene en

155. *Ibid*., Preámbulo y artículo 1 (1) (subraya fuera de texto).
156. *Ibid*., artículo 55.
157. Neff, Stephen C., óp. cit., *supra* nota 153, p. 50.
158. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003, p. 250.

cuenta los intereses y el bienestar de todos en cuestiones de carácter social, económico y comercial[159]; sin embargo, existen otros factores importantes que han intervenido en la aplicabilidad de la cooperación en la legislación internacional ambiental.

Como se mencionó en algunos capítulos anteriores[160], el desarrollo del derecho internacional ambiental ha estado marcado por la proposición y evolución de algunos conceptos particulares relacionados con el medio ambiente, entre los cuales se encuentra el de "área común" y "patrimonio común de la humanidad"; estos conceptos han permitido comprender el medio ambiente como un bien material que se encuentra fuera de la jurisdicción de los Estados pero a la vez común a todos ellos, esto es, como un espacio que pertenece a cada uno de los Estados pero que concierne a toda la humanidad.

Esta iniciativa particular del derecho internacional ambiental de crear escenarios que se salen del interés particular de cada uno de los Estados, ha convertido al medio ambiente en un asunto que imprescindiblemente requiere de la acción conjunta y cooperación internacional en su tratamiento; los problemas comunes en este campo, reflejados en el carácter transnacional e interdependiente de los factores del medio ambiente, sólo pueden ser resueltos por medio del esfuerzo mancomunado de los Estados, directamente o a través de las instituciones internacionales creadas con este propósito.

La necesidad de cooperar ha estado influenciada, igualmente, por el valor que se le ha dado al uso futuro de los recursos naturales, tema en el cual la cooperación es tenida en cuenta como un costo efectivo para la preservación de tales recursos en beneficio de todos los Estados[161]; además, el agotamiento de un determinado recurso por parte de uno de ellos puede afectar el uso del mismo por parte de otros Estados, creando riesgos para el surgimiento de conflictos entre los países[162] por cuenta de la falta de entendimiento y cooperación en la administración de los recursos comunes del medio ambiente.

Estas consideraciones teóricas han generado la discusión y proposición de estrategias prácticas planteadas en el marco de la denominada "cooperación para el desarrollo"; entre tales estrategias, algunos autores han propuesto la necesidad de

159. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 249.
160. Ver Capítulo I. Instituciones del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. Desafíos impuestos por el Derecho Internacional Ambiental al derecho internacional clásico, 3. Los Comunes.
161. Scott, Gary L., Reynolds, Geoffrey M. y Lott, Anthony D., "Success and Failure Components of Global Environmental Cooperation: The Making of International Environmental Law", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1995-1996, (2), pp. 23-59, p. 35.
162. *Ibid.*, p. 34.

crear agencias de asistencia que actúen de manera ambientalmente responsable y la obligación para los países desarrollados de asistir a los países en vías de desarrollo para crear la capacidad de proteger y administrar su medio ambiente[163].

Las medidas de cooperación propuestas podrían ser agrupadas en tres campos o áreas generales: transferencia de tecnología, información científica y desarrollo y acceso a los beneficios[164], las cuales estarían diseñadas como estrategias que buscan socializar los desarrollos que se produzcan a nivel internacional por los países más capacitados para ello, en beneficio de los países más pobres y que también comparten el uso de la mayor parte de los recursos del medio ambiente.

Estas medidas deben estar, además, acompañadas de mecanismos efectivos de financiación que hagan viable su realización y aplicación práctica; al respecto, algunos instrumentos internacionales en materia ambiental, como la Convención Marco sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre Diversidad Biológica, han dispuesto la creación de mecanismos permanentes de financiación bajo el control de las respectivas Conferencias de las Partes[165]; muchos de ellos aún no han sido implementados, siendo escasa la celebración de acuerdos de desarrollo-medio ambiente en los años posteriores a Río, principalmente debido a la vaguedad y dificultad de ejecución de muchos de tales instrumentos[166].

4. Instrumentos internacionales que consagran el principio de cooperación

Pese a lo anterior, la cooperación ha estado presente como propósito en numerosos instrumentos de derecho internacional referentes a los diversos campos de la protección ambiental, desde declaraciones de principios hasta auténticos tratados y convenciones internacionales que establecen obligaciones y compromisos vinculantes para las Partes.

Desde temprana edad, tratados internacionales en materia ambiental en campos muy precisos, consagraron el deber de cooperación entre Estados para lograr la efectiva conservación del medio ambiente; entre los primeros tratados, puede enunciarse la Convención de Londres para la Conservación de Fauna y Flora en su Estado Natural de 1933, que estableció el deber de cooperar entre Estados y autoridades, donde sea necesario, con el propósito de cumplir sus disposiciones y

163. Saunders, Phillip M., "Development Cooperation and Compliance with International Environmental Law", en *American Society of International Law Proceedings*, 1996, (90), pp. 359-365, p. 362.
164. *Ibid*., p. 362.
165. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 11; y Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 21.
166. Saunders, Phillip M., óp. cit., *supra* nota 163, p. 363.

evitar la extinción de la fauna y flora, así como para establecer parques de reserva y reforzar los existentes[167]; y la Convención del Hemisferio Occidental, de 1940, que consagró el acuerdo de cooperar entre los gobiernos contratantes con el fin de prestarse asistencia mutua y promover sus fines, haciendo uso del apoyo científico entre las Repúblicas Americanas[168].

Posteriores tratados continuaron los esfuerzos por regular la cooperación en el campo de la protección de la biodiversidad; la Convención de Argel de 1968, que establece que los Estados deben colaborar cuando sea necesario para hacer efectiva la Convención y cuando cualquier medida nacional pueda afectar los recursos naturales de cualquier otro Estado[169]; la CITES estableció que "*la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional*", principalmente de las especies sometidas a reglamentación y contenidas en el Apéndice III de la Convención[170]; el Convenio sobre Diversidad Biológica destacó la "*importancia y la necesidad de promover la cooperación internacional, regional y mundial entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales y el sector no gubernamental para la conservación de la diversidad biológica*", principalmente en "*las zonas no sujetas a jurisdicción nacional, y en otras cuestiones de interés común para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica*", fomentando "*la cooperación científica y técnica internacional en la esfera de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica*"[171].

Con respecto a la protección de la atmósfera y el cambio climático, el compromiso para la cooperación ha jugado un papel fundamental; la Convención de Viena de 1985 consagró la necesidad de acción y cooperación internacionales para proteger la capa de ozono de las modificaciones causadas por las actividades humanas, regulándola en las esferas jurídica, científica y tecnológica[172]; y la Convención Marco para el Cambio Climático incluyó, entre sus principios, el deber de cooperar en la promoción de un sistema económico internacional que ayude a las Partes a hacer frente, en mejor forma, a los problemas del cambio climático y, entre sus compromisos, el de "*cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático*"[173].

En materia de protección a los mares y fuentes de agua, la cooperación también ha sido ampliamente desarrollada; la Convención sobre el Derecho del Mar de

167. Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, Londres, noviembre 8 de 1933, artículo 12 (2) y artículo 6.
168. Convención para la Protección de la Naturaleza y Preservación de la Vida Silvestre del Hemisferio Occidental, Washington, octubre 12 de 1940, artículo 6.
169. Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, Argel, septiembre 15 de 1968 o "Convención de Argel", artículo XVI (1).
170. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, *supra* nota 24, Preámbulo y artículo 2 (3).
171. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, Preámbulo y artículos 5 y 18.
172. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, Preámbulo, artículo 2 (2) y artículo 4.
173. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículos 3 (5) y 4 (1) (e).

1982 la consagró en sus disposiciones concernientes a la conservación y administración de los recursos vivos, a los Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados, a la construcción y mejoramiento de los medios de transporte, a la consulta con organizaciones internacionales y no gubernamentales regulando, en general, la cooperación mundial y regional para la protección y preservación del medio marino[174]; y el Convenio de Helsinki sobre Aguas Internacionales, que establece el deber de cooperar entre los Estados ribereños sobre bases de equidad y reciprocidad, para desarrollar políticas armónicas de prevención, control y reducción de los impactos transfronterizos por conducto de la investigación e impulsando la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales, donde no existan, y actualizando los existentes[175].

El principio de cooperación ha sido, además, consagrado y desarrollado en las declaraciones de las dos principales conferencias mundiales sobre el medio ambiente; por un lado, la Declaración de Estocolmo estableció la necesidad de la cooperación internacional con el objeto de allegar recursos que ayuden a los países en desarrollo a cumplir el cometido de la protección ambiental[176], así como para celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales para controlar, evitar, reducir y eliminar los efectos perjudiciales sobre el medio[177].

Por su parte, la Declaración de Río hizo una regulación más extensa del principio de cooperación, estableciendo que su adopción es necesaria para la solución de diferentes problemas relacionados, directa o indirectamente, con la protección al medio ambiente. De esta forma, se dispuso el deber de cooperar "*para erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible*"[178]; "*para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra*"[179]; para fortalecer la "*propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos*"[180]; para "*la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llev*[e] *al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países*"[181]; para la "*elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización*"[182]; para "*desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave* (…)"[183]; y, finalmente, estableciendo el deber de los Estados de cooperar "*de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible*"[184].

174. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 27, artículos 118, 123, 129, 169 y Parte XII Sección 2.
175. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, *supra* nota 28, artículo 2 (6) y artículos 5 y 9.
176. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Considerando 7.
177. *Ibid*., Principio 24.
178. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 5.
179. *Ibid*., Principio 7.
180. *Ibid*., Principio 9.
181. *Ibid*., Principio 12.
182. *Ibid*., Principio 13.
183. *Ibid*., Principio 14.
184. *Ibid*., Principio 27.

Es evidente, entonces, el amplio respaldo que la comunidad internacional, a través de acuerdos multilaterales y bilaterales y declaraciones en materia ambiental, ha dado al principio de cooperación como base indispensable para el cumplimiento del objetivo de conservar el medio ambiente y hacer realidad el desarrollo sostenible.

5. Jurisprudencia internacional en torno al principio de cooperación

En este proceso de impulso al principio de cooperación, la jurisprudencia internacional ha desempeñado un papel fundamental con decisiones que lo han aplicado a situaciones concretas y particulares en relación con la protección del medio ambiente; a modo enunciativo, se citarán algunas de las más importantes, subrayando la mención y el desarrollo que se ha hecho del concepto de cooperación internacional en materia ambiental.

La decisión del caso del lago Lanoux (*Lac Lanoux case*), entre Francia y España, sobre la construcción de una represa hidroeléctrica en la zona limítrofe de ambos países, estudiando el tema del acuerdo previo que debe existir entre países para la construcción de una obra en la frontera, manifestó que en la práctica internacional tal requisito será indispensable sólo en casos excepcionales, cuando los Estados desempeñen, conjuntamente, competencias estatales sobre ciertos territorios, o los representantes de los Estados las ejerzan en nombre de los mismos o de organizaciones[185], que se engloban en el deber de cooperar con los demás Estados en juego.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso del Canal de Corfu (*Corfu Chanel case*), originado entre Albania y Grecia por el estallido de unas minas explosivas en aguas fronterizas en perjuicio de este último Estado, imputó responsabilidad internacional a Albania por la omisión de notificar a Grecia sobre la existencia de las minas explosivas[186], lo cual se concreta en el deber de cooperar entre los Estados en el manejo de la información.

El caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, entre Eslovaquia y Hungría por la construcción de la obra del mismo nombre en la frontera de ambos Estados, también estableció el carácter indispensable de la cooperación internacional para atenuar los problemas originados en la utilización del río Danubio por los Estados ribereños[187].

185. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), *supra* nota 31, p. 306.
186. *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4, pp. 22-23.
187. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, p. 20, par. 17.

El Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, en el caso entre Irlanda y Reino Unido a raíz de los daños generados por la Planta MOX en el Mar Irlandés, estableció que las partes debían cooperar y entrar en consultas para intercambiar información acerca de las posibles consecuencias que podría tener el movimiento internacional de material radioactivo asociado con el trabajo de la nombrada Planta sobre el Mar Irlandés[188].

6. Conclusión – estatus jurídico

El carácter de bien común que se le ha otorgado al medio ambiente teniendo en cuenta que su existencia va más allá de las fronteras trazadas entre los países, ha generado la necesidad de adoptar herramientas de cooperación para abordar sus conflictos y resolverlos, de tal forma que no se afecte la existencia de los recursos naturales en perjuicio de los intereses de toda la humanidad, un problema común demanda una solución conjunta.

Esta gran importancia que ha cobrado la cooperación en los temas medioambientales ha sido, además, corroborada por el amplio desarrollo que ha tenido, por un lado, en los tratados internacionales más importantes y referenciados en el presente capítulo y, por otro, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales en diferentes áreas y competencias.

No obstante, debe aclararse que su estatus jurídico no ha sido explícitamente definido por la comunidad de Estados, la jurisprudencia internacional o la mayor parte de sectores de la doctrina; sólo algunos publicistas han manifestado que existe un incremento en la práctica estatal de la cual podría concluirse que la obligación de proporcionar información sobre nueva o creciente contaminación a un potencial Estado víctima de ello, aspecto que es específico del deber de cooperación, ha generado el surgimiento de una regla de costumbre internacional[189].

Con excepción de este aspecto particular –el deber de información como componente específico del deber de cooperar entre los Estados–, puede concluirse que la cooperación posee en la actualidad el estatus de principio general de derecho –con origen en el derecho internacional general y con una regulación

188. The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom), *supra* nota 80, p. 13, par. 89 (1).

189. Report of the Sixtieth International Law Association Conference, Montreal, 29th August – 4th September 1982; Resolution on Transboundary Air Pollution, The Institute of International Law, Session of Cairo, 20 September 1987; Recomendación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) de 1981 relacionada con la Perforación Mar Adentro y Minería dentro de los límites de la Jurisdicción nacional, citados por Shaw, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 774.

específica en el derecho internacional ambiental– que ha sido desarrollado, además, en instrumentos internacionales ambientales bilaterales y multilaterales bajo la forma de *deber* para los Estados, y empleado en destacados fallos de los principales tribunales de derecho internacional como regla para la interpretación judicial.

Parte V. Principio "contaminador-pagador"

1. Introducción

Como se analizó en el capítulo de "Antecedentes del derecho internacional ambiental", la normatividad de conservación del medio ambiente surgió como una medida de regulación y protección de la actividad económica, con el objeto de salvaguardar los intereses comerciales que pudieran verse afectados por una desmedida utilización de los recursos naturales.

En esta relación existente entre economía y medio ambiente tiene origen el principio "contaminador-pagador" que ha emergido en los últimos años y que ha cobrado fuerza en la actualidad del derecho internacional ambiental. Para esclarecer la conjunción del campo económico y el ambiental, será necesario abordar sus antecedentes conceptuales y normativos, así como la definición y características que se han propuesto de su contenido; posteriormente, se mencionarán las excepciones que algunas disposiciones han formulado para su aplicación, abordándolas a la luz de la doctrina del derecho internacional ambiental; luego se presentará un balance de la legislación internacional –regional y universal– que ha desarrollado el principio, lo cual nos llevará a concluir que nos encontramos ante un principio emergente en el derecho internacional ambiental, planteamiento que responde al período de afianzamiento y aceptación que ha venido ganando por los diversos sujetos del derecho internacional público.

2. Antecedentes y definición del principio

Pese a que su definición exacta ha sido motivo de controversia[190], puede decirse, en líneas generales, que el principio "contaminador-pagador" establece que los costos de la contaminación deben ser asumidos por la persona responsable de

190. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 439.

causarla. Introducido en el marco regional europeo con un carácter marcadamente económico y con el propósito inicial de buscar la vía más eficiente para distribuir los costos de la contaminación entre quienes son responsables de ella, el principio se ha ido extendiendo, cada vez más, a nivel internacional, logrando un importante soporte en la regulación internacional ambiental[191], pese a que su precisa definición legal permanezca aún sin establecerse[192].

La primera mención que se hizo del principio a nivel internacional se encuentra en la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico —OCDE— sobre Principios Guía Relacionados con Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Ambientales, proferida en 1972, estableciendo que:

> *The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called "Polluter-Pays Principle". This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should be not accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment*[193].

Esta regulación, primera en consagrar el principio "contaminador-pagador", comprendía ya a comienzos de los años 70 los elementos más importantes de éste: su objetivo central consiste en la efectiva distribución de los costos del control de la contaminación, los cuales debe soportar quien contamina y estar comprendidos en las medidas de prevención y control de la polución ordenadas por las autoridades públicas; además, persigue un uso racional de los escasos recursos naturales y la prevención de la distorsión del comercio internacional; los costos de la contaminación deben estar reflejados en el valor de los bienes y servicios; tales medidas no deben estar acompañadas de subsidios; y quien contamina debe asegurar que el medio ambiente permanezca en un estado aceptable[194]. Algunos de estos elementos merecen un estudio especial, dada su significancia y desatacada importancia en el derecho internacional contemporáneo.

191. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 279.
192. Nash, Jonnathan Remy, "Too Much Market? Conflict between Tradable Pollution Allowances and the 'Polluter Pays' Principle", en *Harvard Environmental Law Review*, 2000, (24), pp. 465-535, p. 466.
193. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies, C (72) 128, May 26 1972. "*El principio a ser usado para distribuir los costos de la contaminación y medidas de control para fomentar el uso racional de los escasos recursos ambientales y evitar distorsiones en el comercio y la inversión internacional es el llamado "principio de contaminador-pagador". Este principio significa que quien contamina debe asumir los gastos de cumplir las medidas arriba mencionadas decididas por autoridades públicas para asegurar que el medio ambiente esté en un estado aceptable. En otras palabras, el costo de esas medidas debe estar reflejado en el costo de bienes y servicios que causan contaminación en la producción y/o consumo. Tales medidas no deberían estar acompañadas de subsidios que pudieran crear distorsiones significativas en el comercio y la inversión internacional*".
194. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 444.

En primer lugar, el objetivo del principio consiste en *distribuir* los costos de la contaminación ambiental, y no propiamente la responsabilidad por actividades causantes de polución[195]; la utilización de los términos "costos", "distribución" y "uso eficiente de los recursos" en la regulación citada, le han conferido al principio "contaminador-pagador", en un comienzo, un carácter principalmente económico, aunque su inclusión en las "políticas medioambientales" de la comunidad europea lo ha convertido en una herramienta importante para el desarrollo de la legislación medioambiental[196], como se constatará al indicarse la normatividad que lo contiene.

El matiz marcadamente económico también se manifiesta en la definición de los propósitos enunciados por la regulación citada[197]. De acuerdo con ellos, fomentar el uso racional de los escasos recursos ambientales y evitar las distorsiones al comercio y la inversión internacional, se ubica en un primer plano la pretensión de preservar la estabilidad económica nacional e internacional, a lo cual deben contribuir las normas de protección medioambiental. No obstante, se ha dicho también que el principio "*strives for the twin goals of efficiency in using economic resource to achieve environmental standards and equity between nations in uniformly allocating the costs of compliance to the polluter sources*"[198].

Por otro lado, las políticas medioambientales nacionales y locales se encuentran en la base del principio "contaminador-pagador". En su formulación original, quien contamina debe asumir los gastos del cumplimiento de las medidas decididas por las "autoridades públicas", lo cual significa, *contario sensu*, que si las autoridades públicas responsables no han regulado el tema, el principio carecerá de aplicabilidad en las situaciones concretas de daños medioambientales. Por ello, se ha sostenido que éste realmente entra en juego una vez las autoridades públicas hayan establecido los estándares de internalización de los costos por causa de las actividades generadoras de contaminación[199].

No obstante, las políticas que se diseñen y adopten en este sentido, además de fomentar el uso racional de los escasos recursos ambientales, deben evitar las distorsiones al comercio y la inversión internacional. Para algunos autores, este propósito es un reflejo del principio de libre comercio y, por consiguiente, se inclina a que las intervenciones del gobierno deben minimizarse[200], debiendo dejar

195. Gaines, Sanford E., "The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos", en *Texas International Law Journal*, 1991, (26), pp. 463-496, p. 468.
196. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 438.
197. Gaines, Sanford E., óp. cit., *supra* nota 195, pp. 469-470.
198. *Ibid*., p. 481. "(…) *lucha por dos finalidades idénticas: la eficiencia en el uso de los recursos económicos para lograr estándares medioambientales y la equidad entre naciones en la distribución uniforme de los costos conforme a las fuentes de polución*".
199. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 442 y Gaines, Sanford E., óp. cit., *supra* nota 195, p. 473.
200. Stevens, Candice, "Interpreting the Polluter Pays Principle in the Trade and Environment Context", en *Cornell International Law Journal*, 1994, (27), pp. 577-590, p. 580.

el comportamiento de las relaciones económicas y comerciales en manos de los particulares, y al Estado el rol de simple guardián respecto de los derechos concedidos a los sujetos comerciales y el castigo para quien vulnere o transgreda las facultades otorgadas en virtud de la ley.

El tema de los costos que debe asumir quien contamina, ha sido objeto de estudio por la doctrina del derecho internacional público. Pese a que la recomendación citada arriba no contiene un listado de las cargas que están incluidas para la distribución entre quienes contaminen, se ha propuesto que tales gravámenes deben comprender los costos del control de la polución y prestaciones individuales, los de las medidas colectivas en nombre de un grupo de contaminadores y los administrativos[201]; para otros, incluso, incluyen los de la construcción y operación de instalaciones anti-polución, inversión en equipo y nuevos procesos necesarios para lograr el objetivo perseguido por el principio[202]; finalmente, otros han dicho que aunque parece claro que el principio incluye los costos de las medidas requeridas por las autoridades públicas para prevenir y controlar la contaminación, no es del todo claro si los de la descontaminación, limpieza y rehabilitación deberían estar incluidos[203].

El principio "contaminador-pagador" recibió con posterioridad a la Recomendación de 1972 un mayor apoyo en la regulación europea. En 1974, la OCDE profirió la Recomendación sobre su implementación, solicitando a sus Estados miembros observarlo de manera uniforme y, como una regla general, no asistir a quien contamine en el soporte a los costos del control de la contaminación por medio de subsidios, ventajas en las contribuciones u otras medidas. Así mismo, estableció que si un país daba asistencia para el control de la polución, debía ser selectiva y restrictiva para minimizar la distorsión del comercio y la inversión internacional, debiendo notificar de tal asistencia a los demás Estados miembros de la OCDE[204].

Esta Recomendación estableció, igualmente, las medidas que pueden tomar las autoridades públicas para regular el tema y aplicar el principio, consistentes en tres mecanismos esenciales que pueden ser usados y propuestos en la política de cada país: la imposición de cargas (impuestos) al contaminador; un pago a los productores, basado en la disminución que presenten en la cantidad de polución, y la venta de una cantidad dada de derechos de contaminación[205].

201. Gaines, Sanford E., óp. cit., *supra* nota 195, p. 473.
202. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 97.
203. 203 Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 285.
204. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on the Implementation of the Polluter Pays Principle, C (74) 223, November 14 1974.
205. *Ibid.*

Más aún, en 1989 la OCDE reafirmó el uso del principio como un medio para distribuir los costos de la prevención y el control de la contaminación, dando a entender que el operador de una instalación peligrosa debía soportar los costes de las medidas razonables para el cumplimiento de estos propósitos, las cuales son reguladas por las autoridades públicas conforme a la ley de cada país previo a la ocurrencia de un accidente, con el fin de proteger la salud humana y el medio ambiente[206].

Sin embargo, pese al establecimiento de la obligatoriedad para los miembros de la OCDE de aplicar el principio como norma general, se han establecido unas excepciones taxativas que pueden adoptarse en casos muy particulares para el control de la polución y la distribución de sus costos, y en casos en los cuales el principio "contaminador-pagador" puede conllevar algunos problemas en su ejecución[207], tal y como pasará a analizarse.

3. Excepciones al principio

La Recomendación de la OCDE de 1972 estableció algunas excepciones al principio "contaminador-pagador", basándose en las desigualdades que pueden existir en su ejecución por un contaminador de un país desarrollado y el de un país en vías de desarrollo; en efecto, mientras el primero deberá estar sometido a estándares de control de la contaminación más fuertes y al pago de tasas más altas por tales conductas, el segundo gozaría de mayor laxitud en los estándares de control y unas tasas mínimas o inexistentes, desigualdades que podrían afectar gravemente el comercio internacional, contrariando el propósito perseguido por la normatividad europea[208].

De esta manera, sólo tres excepciones fueron explícitamente permitidas para los casos señalados: para atenuar períodos de transición, especialmente cuando comienzan los estrictos controles a la contaminación, lo cual, no obstante, debe estar limitado a un lapso razonable de tiempo luego del cual debe darse aplicación al principio general; para estimular el desarrollo de nuevas tecnologías con miras a mejorar el control de la contaminación; y en el contexto de medidas para alcanzar objetivos socio-económicos específicos, como la reducción de los serios desequilibrios interregionales[209].

206. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council Concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, C (89) 88/Final, July 7 1989.
207. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 461.
208. Ibid, p. 461.
209. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies, *supra* nota 193.

Salvo estas tres excepciones, las ayudas proporcionadas por las autoridades públicas a los entes privados para el control de la polución no son aceptadas por el principio "contaminador-pagador", toda vez que, como se explicó, pueden causar distorsiones al comercio internacional[210]. El tema, uno de los más polémicos, incluso fue motivo de discusión en la Ronda de Uruguay del GATT en 1995, la cual estableció que los subsidios ambientales serían ubicados en la categoría de no-accionables junto con los proporcionados para las actividades de investigación y los otorgados a las regiones desfavorecidas[211].

De igual manera, el reciente establecimiento de los llamados "fondos nacionales e internacionales" para el control de la contaminación por parte de particulares ha sido motivo de discusión. Mientras algunos autores argumentan el carácter preventivo que poseen los fondos frente a la contaminación del medio ambiente, mediante la ayuda financiera a las partes con el fin de que cumplan las obligaciones contraídas en virtud de algunos tratados internacionales que los han previsto[212], otros doctrinantes han cuestionado su compatibilidad con el principio "contaminador-pagador", sustentados en los pronunciamientos de la Comisión de la Comunidad Europea sobre la contaminación privada. En este sentido, la Comisión aprueba el empleo de tales ingresos para ejecutar las medidas contra la polución pública, pero limita el financiamiento de las medidas privadas en dos casos: en el tema de las subvenciones mencionadas arriba, que funcionan como excepción, y cuando la constitución de los fondos permita el respaldo financiero a instalaciones privadas para acabar o reducir la contaminación existente[213].

4. Regulación internacional del principio

El principio "contaminador-pagador" ha tenido un importante desarrollo a nivel internacional pese a que, probablemente, no ha recibido la misma atención que los de precaución o acción preventiva[214]; primordialmente, la regulación regional europea se ha encargado de establecer sus bases teóricas y plantear algunas herramientas para su aplicación práctica en casos muy particulares.

El primer instrumento internacional universal que consagró el principio "contaminador-pagador" fue la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la cual lo plasmó en su Principio 16:

210. Para un análisis más detenido del impacto que pueden generar los subsidios en el comercio, véase Nash, Jonnathan Remy, óp. cit., *supra* nota 192.
211. Para información más completa sobre la Ronda de Uruguay de 1995, ver Stevens, Candice, óp. cit., *supra* nota 200, p. 581.
212. Al respecto, Atapattu cita entre tales instrumentos el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, *supra* nota 21; el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, *supra* nota 144; y el Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23. Igualmente, la Prestación Global Medioambiental, administrada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Banco Mundial establece fondos para los países en vías de desarrollo y países con economías en transición, como el fondo establecido en 1991 para el agotamiento de la capa de ozono. Ver Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 463.
213. Gaines, Sanford E., óp. cit., *supra* nota 195, p. 475.
214. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 280.

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales[215].

Como se constata, la Declaración reproduce, en gran parte, lo consagrado por la recomendación de la OCDE de 1972; incluso, su redacción da un paso atrás con respecto a la regulación europea, al establecer que los Estados "deberían *procurar fomentar la internalización de los costos ambientales*", lo cual le imprime más un carácter de simple deseo o condicionalidad, que de mandato firme a ser desarrollado por cada uno de los Estados. Esto aunado a la carencia de fuerza vinculante característica de las declaraciones de principios[216].

Quizá el único tratado internacional que lo contiene es la Convención sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, que reproduce la formulación del Principio 16 de la Declaración de Río[217]; de igual manera, la Convención sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, estableció que las partes deben tenerlo en cuenta como un principio general de derecho internacional ambiental[218]; la Convención sobre Cursos de Agua establece que las partes deben tomar todas las medidas apropiadas para prevenir, controlar y reducir cualquier impacto transfronterizo sobre los cursos de agua internacionales, para lo cual deben estar guiadas por principios como el de precaución y el de "contaminador-pagador"[219]; la Convención sobre la Protección del Área del Mar Báltico establece que las partes deben aplicarlo, sin proporcionar mayor explicación de la forma como éste es entendido por la Convención y cómo debe ser aplicado por las partes[220]; por último, la Convención OSPAR lo definió de la manera tradicional, en el sentido de que los costos de la prevención, control y reducción de la polución estarán a cargo de quien los produzca, encaminándolo más a la prevención de los daños que a la responsabilidad por la ocurrencia de los mismos[221].

Como se constata, la legislación común europea ha respaldado fuertemente el principio "contaminador-pagador", dotándolo de herramientas de aplicación en campos particulares de la protección ambiental, materializando de esta forma, ya

215. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 16.
216. Ver Capítulo III. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. *Soft Law*.
217. Convenio sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, *supra* nota 86, Preámbulo.
218. Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, Helsinki, marzo 17 de 1992, Preámbulo.
219. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, *supra* nota 28, artículo 2.
220. Convención sobre la Protección del Medio Marino en el Área del Mar Báltico, Helsinki, abril 9 de 1992, artículo 3 (4).
221. Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico del Noreste, París, septiembre 22 de 1992, artículos 3, 4, 5, 6 y 7.

sea de una manera amplia o simplemente enunciativa, el mandato contenido en el Principio 16 de la Declaración de Río.

Pese a este amplio desarrollo del principio "contaminador-pagador" en la normatividad europea, los avances alcanzados por fuera de ella han sido muy débiles; los adelantos han consistido principalmente en el diseño de algunos instrumentos económicos, como la imposición de cargas por contaminar, impuestos sobre las emisiones de polución e incentivos por el control de la misma[222]. De esta manera, en muchos países se han adoptado estándares de producción de contaminación para la actividad industrial[223], lo cual se ha concretado en medidas de permisión por parte de algunos gobiernos para emitir un determinado tipo de contaminación, encargando a los responsables de estas actividades la misión de reducir la polución y tratar los contaminantes antes de arrojarlos en el medio ambiente[224].

Por último, podría citarse la referencia que hizo la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible bajo el encabezamiento "Cambiando patrones insostenibles de consumo y producción", la cual anota que todos los países deberían tomar acción teniendo en cuenta las necesidades de los países en vías de desarrollo y la ayuda financiera que debe prestarse a ellos; la acción que se tome deberá adoptar e implementar políticas y medidas, buscando "*aprobar y poner en práctica políticas y medidas destinadas a promover modalidades sostenibles de producción y consumo, aplicando, entre otras cosas, el criterio de contaminador-pagador que se define en el Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*"[225].

5. Conclusión – estatus jurídico

Como se explicó en este capítulo, el principio "contaminador-pagador" es una manifestación clara de la estrecha relación existente entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente; esto ha generado en los últimos años una creciente atención por parte de algunos Estados para hacer realidad el principio, proceso que se ha materializado en los esfuerzos emprendidos para desarrollar instrumentos económicos en la legislación y política de protección medioambiental[226].

222. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 851.
223. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, *International Environmental Law and Policy*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2002, p. 131.
224. Ibid.
225. Plan de Implementación de la Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, septiembre 4 de 2002, A/CONF.199/20, numeral 15 (b).
226. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 284.

Sin embargo, tal desarrollo se encuentra circunscrito casi exclusivamente al marco de la legislación común europea; el principio aún no ha sido incluido en la normatividad de otras regiones del mundo como base de su legislación y política ambiental, y menos aún como un mandato que deba ser acatado inexorablemente en el corto plazo por los Estados y demás sujetos de las relaciones económicas y comerciales.

Para algunos autores, esta ausencia en la práctica estatal del principio "contaminador-pagador" radica en la dificultad y casi imposibilidad de concretarlo a nivel internacional, toda vez que no existe una autoridad central mundial encargada de implementarlo[227], tal y como lo requiere su definición original al mencionar a las "autoridades públicas" y sus medidas de control de la contaminación; otros proponen que puede ser aplicado más fácilmente en una región geográfica particular que en todas las regiones del mundo[228], factor determinado por la facilidad de establecer estándares de control de la contaminación y de autorizar la entrega de subsidios para la polución, entre un menor número de países que poseen estrechas relaciones económicas.

Por lo anterior, está demostrado que en este momento es aún prematuro plantear que el principio "contaminador-pagador" posea el carácter de costumbre internacional; no existe aún una práctica estatal extendida por todo el mundo que le imprima el valor de norma de derecho consuetudinario salvo, quizá, entre los países que componen la OCDE y la CEPE (Comisión Económica para Europa), para los cuales puede haber alcanzado el estatus de regla de costumbre[229].

De esta manera, puede considerarse que en la actualidad el "contaminador-pagador" es un principio emergente de derecho internacional ambiental, que se encuentra en proceso de consolidación universal y que, en la medida en que logre una mayor aceptación en otras regiones y países del mundo haciendo realidad lo establecido en la Cumbre de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y en la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, puede convertirse en una regla práctica para la creación normativa y la interpretación de numerosas disputas internacionales originadas en actividades generadoras de perjuicios al medio ambiente.

227. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 287.
228. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 96.
229. Este planteamiento ha encontrado eco en algunos sectores de la doctrina internacional, especialmente en Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 280 y Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 483.

Parte VI. Principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional

1. Introducción

El aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los Estados en la búsqueda de su desarrollo propio ha desencadenado, en numerosas oportunidades, la afectación grave al medio ambiente de otros países o zonas que se encuentran más allá de toda jurisdicción nacional. Este suceso ha generado, a nivel internacional, la necesidad de regular el impacto que ha tenido la utilización de los recursos propios por parte de los Estados o, en otras palabras, la regulación específica del derecho soberano que tienen los mismos de usar sus recursos sin que se causen daños al medio de otros países.

Para abordar el tema con detalle se estudiará, primero, el concepto del principio, contextualizándolo desde el derecho internacional público y demostrando algunas de sus particularidades en el campo del derecho internacional ambiental; posteriormente se abordará su consagración en tratados y declaraciones internacionales, su desarrollo por la jurisprudencia internacional y, finalmente, se cuestionará el estatus que posee en el derecho internacional ambiental hoy por hoy, concluyendo que actualmente es considerado por los países y la doctrina como una norma de costumbre internacional.

2. Concepto y fines del principio

Algunos autores[230] han planteado que la prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional tiene su origen en el principio de buena vecindad consagrado en el artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual los Estados deben respetar los territorios de los demás miembros de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta los intereses y el bienestar de todo el mundo en cuestiones de carácter social, económico y comercial[231].

Este mandato de carácter general, establecido por las Naciones Unidas para las relaciones de los países, fue posteriormente particularizado en el campo especí-

230. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 6, artículo 74.

231. Handl, Günther, "Transboundary impacts", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 531-549, p. 533; Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 242; y Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 104.

fico del derecho internacional ambiental en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972, la cual estableció:

> *De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los propósitos del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional*[232].

En esta descripción pueden identificarse dos elementos constitutivos que, de acuerdo con Sands, han desarrollado las reglas del derecho internacional ambiental, en el contexto de dos objetivos fundamentales que apuntan en dos direcciones opuestas[233]: de un lado, la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y, de otro, la prohibición para los países de causar daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. En otras palabras, el principio establece que los Estados no están restringidos en el uso de los recursos naturales dentro de su territorio, siempre que no interfieran con los intereses de otros en el disfrute del mismo derecho, lo cual implica, el derecho a la explotación independiente de los recursos naturales existentes y el de inviolabilidad del territorio nacional[234].

La primera parte del principio, la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos, ha sido definido por las Naciones Unidas en la resolución 1803 (XVII) de 1962 declarando que "*el derecho de los pueblos y las naciones a la soberanía permanente sobre sus propios recursos naturales debe ser ejercido en el interés de su desarrollo nacional y el bienestar del pueblo del Estado concernido*". Además, que "*la exploración, desarrollo y disposición de tales recursos así como la importación del capital extranjero requerido para estos propósitos, debería ser conforme a las reglas y condiciones que estos pueblos y naciones libremente consideren ser necesarios o deseables*"[235].

De esta manera, la soberanía sobre los propios recursos naturales es desarrollo del principio de libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas[236]; aunque no siempre se respetó este derecho[237], hoy es claro que todos los Estados tienen la facultad soberana de dirigir sus propias políticas

232. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 21.
233. ands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 235.
234. Gehring, Thomas y Jachtenfuchs, Markus, "Liability for Transboundary Environmental Damage towards a General Liability Regime", en *European Journal of International Law*, 1993, (4), pp. 92-106, p. 92.
235. Resolución 1803 (XVII) de diciembre 14 de 1962, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

internas a la explotación de sus recursos naturales, en su propio beneficio y como elemento constitutivo y necesario de su desarrollo económico.

Sin embargo, este derecho debe ser acompañado del segundo elemento del principio que se estudia, esto es, evitar que las actividades de utilización de los propios recursos naturales vulneren el territorio de los demás Estados o de zonas que se encuentren fuera de cualquier jurisdicción nacional; este segundo elemento que, como lo expone Perrez tiene su origen en los acuerdos bilaterales pesqueros celebrados en el siglo XIX[238], está relacionada con la obligación de todos los países de "*proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados, en particular su derecho a la integridad e inviolabilidad en la paz y en la guerra*"[239].

Pese a que el tema haya recibido plena aceptación por los Estados y encuentre sus raíces en principios fundamentales del derecho internacional público general, algunas de sus características y elementos suscitan preguntas. Entre ellas, se encuentra la concerniente a la responsabilidad de los Estados por la ocurrencia de daños provenientes de actividades de entidades privadas, punto que ha llegado a cobrar gran importancia en la discusión de la contaminación internacional, por cuanto la mayor parte de las actividades industriales y los daños colaterales que éstas ocasionan son causados y provienen del sector privado y no directamente de la acción estatal.

De acuerdo con el derecho internacional tradicional, los Estados no son directamente responsables de tales actividades, a menos que quede establecido que ellos estaban obligados a controlar las actividades peligrosas dentro del espectro de su control soberano y fallaron en hacerlo[240]; en razón de que las actividades industriales representan, por sí mismas, un riesgo para la preservación del medio ambiente, es deber de los Estados actuar de manera preventiva, regulando y ejerciendo un control permanente sobre la actividad industrial, minimizando la ocurrencia de impactos negativos sobre los recursos naturales de los demás países, sin frenar sus propias posibilidades de desarrollo tecnológico.

De otro lado, no está claro en las definiciones propuestas qué tipo de daño ambiental en perjuicio del medio de otros países se encuentra prohibido por el derecho internacional; específicamente, si los daños deben ser serios, significantes o si

236. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 6, artículo 1 (2).
237. Perrez menciona las diferencias surgidas entre la posición de las empresas extranjeras, quienes alegaban su derecho a explotar los recursos naturales de sus antiguas colonias, y el de los países en vías de desarrollo que argumentaban su derecho soberano de explotar y beneficiarse de sus propios recursos. Ver Perrez, Franz Xaver, "The Relationship between 'Permanent Sovereignty' and the Obligation Not to Cause Transboundary Environmental Damage", en *Environmental Law*, 1996, (26), pp. 1187-1212, pp. 1191-1192.
238. *Ibid*., p. 1198.
239. Award of the Tribunal, The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America vs. The Netherlands, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 4 April 1928, p. 9.
240. Gehring, Thomas y Jachtenfuchs, Markus, óp. cit., *supra* nota 234, p. 93.

incluye los más mínimos[241]; de acuerdo con algunas definiciones, la ambigüedad que se presenta en este aspecto particular es más aparente que real, planteando que los daños concernidos tienen que ser más que *minimis,* triviales o simplemente notables, debiendo causar un detrimento real en materias como la salud humana, la industria, la propiedad, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados, y ser susceptible de ser medidos en estándares objetivos basados en hechos reales[242].

Otro punto importante concerniente al problema de la contaminación transfronteriza se refiere al papel jugado por las leyes internas de los Estados en su prevención y tratamiento. Pese a que el problema de la contaminación transfronteriza posee principalmente un carácter internacional, debiendo ser estudiado y resuelto por medio de tratados, acuerdos, arbitramentos y administración y gobierno internacional, la legislación y política ambiental de todos los Estados hace parte fundamental en la búsqueda de soluciones prácticas y efectivas, mediante la proposición de alternativas de prevención de los daños a los demás Estados, el desarrollo de posiciones de respeto a la soberanía de los mismos y la internalización de los costos derivados de la comisión de una conducta lesiva al medio ambiente de otro Estado[243].

Pese a la existencia de estas discusiones, el principio goza de amplia aceptación por la comunidad de Estados, quienes lo han desarrollado en posteriores declaraciones, tratados y convenciones internacionales globales y regionales, en la búsqueda por clarificar los aspectos oscuros y dotarlo de una mayor exigibilidad, haciendo de él una base constitutiva imprescindible del derecho internacional ambiental.

3. Instrumentos internacionales que consagran y desarrollan el principio

Su consagración en la Declaración de Estocolmo marcó el punto de quiebre en el otorgamiento de la gran universalidad y acuerdo por parte de la mayoría de países de las Naciones Unidas de que goza hoy en día, aunque algunas resoluciones de esta organización ya habían contemplado el derecho de los Estados a aprovechar sus propios recursos naturales y controlar que tal utilización no involucrara los intereses de terceros países[244].

241. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 241.
242. Esta interpretación es presentada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión en su 53º período de sesiones de abril 23 a junio 1° y julio 2 a agosto 10 de 2001 y por la Resolución 56/83 de diciembre 12 de 2001 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, p. 152. Este borrador elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas hace parte del esfuerzo emprendido por el derecho internacional para regular el tema de los daños transfronterizos, mediante su prevención, control y responsabilidad de los Estados que incumplan las normas de respeto al territorio de otros Estados. En este mismo sentido Handl, Günther, óp. cit., *supra* nota 231, p. 535.
243. Un completo estudio de las estrategias de armonización entre el derecho internacional y las normas internas de cada país en el tema de la contaminación transfronteriza se encuentra en Hall, Noah D., "Transboundary Pollution: Harmonizing International and Domestic Law", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2006-2007, (40), pp. 681-746.
244. Ver Resoluciones 523 (VI) de enero 12 de 1952, 626 (VII) de diciembre 21 de 1952, 837 (IX) de diciembre 14 de 1954, 1314 (XIII) de diciembre 12 de 1958 y 523 (VI) de diciembre 15 de 1960, adoptadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Su aceptación global por parte de la comunidad internacional quedó evidenciada por la posterior consagración que la Declaración de la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo hiciera de él, al establecer en su Principio 2:

> *De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y 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 zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional*[245].

Esta disposición, que reproduce, en gran parte, la del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, estuvo además acompañada de otros mandatos que la articulaban con otros aspectos, con el fin de lograr una mejor interpretación y aplicación de su contenido.

En los preceptos, algunos guardan una relación más estrecha con la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional; entre ellos, se encuentra el Principio 18, que establece el deber de los Estados de "*notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados*"[246]; y el 19, que consagró: "*los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos*", y que "*deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe*"[247].

Igualmente, otras disposiciones de la misma Declaración presentan un cierto grado de relación con el principio, entre las cuales merece subrayarse el Principio 10 que consagra la participación de todos los ciudadanos para tratar las cuestiones ambientales; el 15, que establece el deber de los Estados de aplicar el criterio de precaución cuando exista falta de certeza científica; el 17, que prescribe el deber de los Estados de emprender evaluaciones de impacto ambiental, respecto de cualquier actividad que haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente.

245. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 2.
246. *Ibid.*, Principio 18.
247. *Ibid.*, Principio 19.

Además de estas disposiciones, contenidas en instrumentos puramente declarativos o de *soft law*, algunos tratados con compromisos vinculantes para las partes han consagrado los dos elementos constitutivos del principio desde los tempranos desarrollos del derecho internacional ambiental; entre estos, la Convención de Londres de 1933 había dispuesto que todos los animales trofeo fueran propiedad del Gobierno del territorio concernido[248]; la Convención de Ramsar de 1971 estableció que la inclusión de un humedal en la lista de humedales de importancia internacional para su especial protección, se realizará "*sin prejuicio de los derechos exclusivos de soberanía de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentra dicho humedal*"[249]; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático reafirmó en su preámbulo "*el principio de soberanía de los Estados en la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático*"[250]; y el Convenio sobre Diversidad Biológica también reconoció en su preámbulo que "l*os Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos*"[251].

Entre los tratados internacionales que consagran el elemento de prohibición de causar daños al territorio de otros Estados, están la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria de 1951, la cual estableció que "*Los Gobiernos contratantes, reconociendo la utilidad de la cooperación internacional para combatir las plagas y enfermedades de plantas y productos vegetales y para prevenir su introducción y difusión a través de las fronteras nacionales* (…)"[252]; el Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, que estableció como una obligación básica que "*Cada Estado Parte se ha comprometido a no realizar ninguna explosión de ensayo de armas nucleares o cualquier otra explosión nuclear, y a prohibir y prevenir cualquier explosión nuclear de esta índole en cualquier lugar sometido a su jurisdicción o control*"[253]; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[254], que estableció el deber de los Estados de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres y que "*Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente*"[255]; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que incluyó el Principio 2 de la Declaración de Río en su Preámbulo y el Convenio sobre Diversidad Biológica, que reprodujo el mismo Principio en su cuerpo normativo[256].

Además, el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimiento Transfronterizo de Residuos Peligrosos de 1989, reguló lo concerniente al transporte de

248. Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, *supra* nota 167, artículo 9 (6).
249. Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, *supra* nota 113, artículo 2 (3).
250. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, Preámbulo.
251. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, Preámbulo.
252. Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Roma, diciembre 6 de 1951, Preámbulo.
253. Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, Nueva York, septiembre 24 de 1996, artículo I (1), (aún no se encuentra en vigor).
254. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 27, artículos 207 y 194 (2).
255. Kindt ha realizado un completo estudio de la prohibición de causar daños al medio de otros países o por fuera de toda jurisdicción nacional y su aplicación en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Ver Kindt, John Warren, "International Environmental Law and Policy: An overview of Transboundary Pollution" en *San Diego Law Review*, 1986, (23), pp. 583-609.
256. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 3.

residuos tóxicos entre los países industrializados y los países en desarrollo o con economías en transición, teniendo como objetivo "*establecer un régimen global de responsabilidad e indemnización pronta y adecuada por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito de esos desechos*"[257].

En el plano regional, son varios los instrumentos que han desarrollado el principio de prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional. En el marco europeo, el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) profirió la Recomendación sobre los Principios Relativos a la Contaminación Transfronteriza en 1974[258] y la Recomendación para la Implementación de un Régimen de Igualdad de Derechos de Acceso y No Discriminación en Relación con la Contaminación Transfronteriza en 1977[259], por medio de las cuales argumentó que las diferencias concernientes a la polución transfronteriza serían resueltas con base en la no-discriminación, según lo cual el Estado del que emana la contaminación debería establecer controles para la reducción de la contaminación a niveles aceptables en circunstancias comparables a las del mismo estado fuente de la contaminación, así como brindar igualdad de derechos en procedimientos judiciales y administrativos para personas en un Estado afectado y personas del Estado fuente de la contaminación.

Por otro lado, se firmó en Ginebra en 1979, en el marco de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, definiendo la contaminación transfronteriza como aquella cuya "*fuente física esté situada totalmente o en parte en una zona sometida a la jurisdicción nacional de un Estado y que produzca efectos perjudiciales en una zona sometida a la jurisdicción de otro Estado a una distancia tal que generalmente no sea posible distinguir las aportaciones de las fuentes individuales o de grupos de fuentes de emisión*"[260].

En el marco regional asiático, la Convención de la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN) sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales de 1985 reconoció la segunda parte del principio 21 de la Declaración de Estocolmo como un "principio generalmente aceptado de derecho internacional"[261].

257. Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, marzo 22 de 1989, artículo 1.
258. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Principles concerning Transfrontier Pollution, November 14 1974, Anexo 14 I.L.M. 242, 244.
259. Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Implementation of a Regime of Equal Right of Access and Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution (with annexed Principles), 17 May 1977, OECD C (77) 28 Final, 16 ILM 977 (1977).
260. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979, artículo 1 (b).
261. Convención ASEAN sobre Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, Kuala Lumpur, julio 9 de 1985, artículo 20 (1).

4. Jurisprudencia que consagra y desarrolla el principio

En particular, el origen del principio de prohibición de causar daños ambientales transfronterizos se encuentra en la jurisprudencia internacional, a partir de la cual quedó clara la necesidad de establecer reglas para evitar, controlar y responsabilizar a los causantes de este tipo de contaminación; además, a partir de los primeros precedentes en el tema, el interés de la comunidad internacional por la contaminación transfronteriza aumentó, al punto de estar presente en las dos Conferencias internacionales más importantes en el campo del derecho internacional ambiental: Estocolmo y Río de Janeiro.

La primera vez que el tema fue objeto de una decisión de un tribunal internacional fue el nombradísimo laudo del *Trail Smelter case*, el cual desató la controversia entre Canadá y Estados Unidos a raíz de la contaminación generada por las plantas fundidoras de azufre ubicadas en Canadá y sobre el territorio de Washington, con consecuencias negativas sobre los campos y las poblaciones de este Estado. De esta forma, siendo la contaminación transfronteriza el tema base de la disputa, el tribunal sentó el precedente:

> (…) *under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no state has the right to use o permit the use of territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*[262].

Esta decisión representó una enorme influencia para la posterior formulación de numerosas cartas y declaraciones de principios internacionales oficiales y semioficiales tratando el tema de la contaminación transfronteriza, como las Declaraciones de Estocolmo y de Río que lo incluyeron en su conjunto de principios; pese a que éstas carecen de fuerza vinculante, haciendo parte del denominado "*soft law*" en el derecho internacional, conforman un indicio requerido y de gran importancia para la determinación de las disposiciones sobre contaminación transfronteriza como normas de costumbre internacional[263].

Además este fallo, el más influyente en el derecho internacional en relación con la contaminación transfronteriza[264], sentando el precedente de la prohibición de los

262. Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 30, p. 1965. "(…) *según los principios del derecho internacional, así como de la ley de Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños por razón de emanaciones en el territorio o hacia el territorio de otro Estado o a la propiedad o personas que allí se encuentren, cuando se trata de ser un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente*".

263. Merrill, Thomas W., "Golden Rules for Transboundary Pollution", en *Duke Law Journal*, 1996-1997, (46), pp. 931-1019, p. 951.

264. *Ibid.*, p. 947.

Estados de permitir el uso de su territorio para causar daños al medio ambiente de otros Estados, fue el punto de inicio para el estudio y desarrollo vía jurisprudencial del principio. En este sentido, el caso del lago Lanoux (Lac Lanoux Arbitration), entre Francia y España por la desviación del lago en perjuicio de algunas comunidades españolas, estableció límites al uso de los recursos naturales compartidos y obligaciones impuestas por él para su conservación y protección, estableciendo que, conforme con las reglas de la buena fe, los Estados deben emprender negociaciones en las cuales deben considerarse los diferentes intereses en juego e intentar satisfacer, de la mejor manera posible, a todas las partes que comparten la utilización de los recursos naturales[265].

Estos precedentes sentados por tribunales internacionales ad-hoc rápidamente fueron retomados y aplicados por la Corte Internacional de Justicia en algunos casos relacionados con materias medioambientales. Entre sus primeros fallos, se encuentra el caso del Canal de Corfú, surgido entre el Reino Unido y Albania por la ausencia de notificación de este último Estado a unos buques de bandera británica acerca de la existencia de unas minas explosivas en aguas adyacentes a su territorio. Al estudiar la Corte la responsabilidad del Estado albanés por la ausencia de notificación al Reino Unido, estableció que uno de los principios generales y bien reconocidos consiste en "*every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*"[266].

Posteriormente, por vía de una opinión consultiva, la Corte estudió el tema de la legalidad del uso de armas nucleares, analizando su impacto en campos como el derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental. En este último aspecto, la Corte sostuvo que:

> *The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*[267].

Un año más tarde, fue presentada a la Corte la demanda de Hungría en el caso *Gabčíkovo*-Nagymaros por la construcción de la represa en la zona fronteriza de ambos países, ante la cual el máximo órgano de la justicia internacional estableció ciertas obligaciones que se concretan en compromisos específicos que deben

265. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), *supra* nota 31, p. 315.

266. *Corfu Channel case*, *supra* nota 186, p. 22. "*La obligación de todos los Estados de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para actos contrarios al derecho de otros Estados*".

267. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, supra* nota 34, pp. 241-242, par. 29. "*La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o áreas más allá del control nacional es ahora parte del cuerpo del derecho internacional relacionado con el medio ambiente*".

adoptarse con posterioridad a un proceso de consulta y negociación, exigiéndose una disposición recíproca para discutir, de buena fe, los riesgos reales y potenciales para el medio ambiente de los países que pueden verse afectados[268].

Esta jurisprudencia, pese a que sólo es vinculante para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido[269], ha proporcionado una guía autorizada acerca del estado del principio en el momento en que ha sido proferida, afirmando la existencia de una obligación legal de prevenir los daños transfronterizos, cooperar en el manejo de los riesgos ambientales, utilizar equitativamente los recursos compartidos y realizar la evaluación y monitoreo del impacto ambiental[270].

5. Conclusión – estatus jurídico

El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, reiterado por el 2 de la Declaración de Río, contiene un mandato aplicable en materia ambiental que se desarrolla en dos vías diferentes pero de manera complementaria. De un lado, establece el derecho soberano que poseen todos los Estados sobre sus propios recursos naturales, gozando de plenas facultades para aprovecharlos en búsqueda de su desarrollo; de otro lado, el deber de los Estados de velar porque ese disfrute de los recursos naturales no perjudique el medio ambiente de otros países o zonas que se encuentren fuera de toda jurisdicción nacional.

El principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y la prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional, goza actualmente de una gran aceptación y consagración en numerosos instrumentos de derecho internacional; declaraciones y tratados firmados a lo largo de la historia del derecho internacional han desarrollado ampliamente alguno de los dos elementos del principio, de manera independiente, o los dos relacionados en la misma disposición, haciendo de él uno de los principios fundamentales en el derecho internacional ambiental.

En este proceso, el papel de la jurisprudencia ha sido fundamental. El fallo del Trail Smelter Case ha jugado un importantísimo rol, dilucidando los aspectos esenciales del principio y poniendo en evidencia la importancia del mismo y su estudio y desarrollo por las normas de derecho internacional referentes a la protección ambiental.

268. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, p. 68, par. 112.
269. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 36, artículo 59.
270. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 108.

Con respecto a su estatus jurídico en la escala de fuentes de derecho internacional, existe un consenso a nivel mundial inclinado por afirmar que la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y la prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional goza del estatus de norma de costumbre internacional[271]; de manera general, existe un consenso en la doctrina acerca de la adquisición de este estatus por parte del principio, ya que reúne los elementos de práctica por parte del conjunto de Estados y *opinio juris* por parte de los mismos[272].

Algunos autores[273] atribuyen la adquisición de este estatus a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el tema de la legalidad del uso de armas nucleares en 1996, al referirse al principio como parte del cuerpo de normas de derecho internacional relacionadas con el medio ambiente[274]; otros han propuesto que desde el precedente del Trail Smelter Case puede constatarse el desarrollo de la norma de costumbre internacional sobre la contaminación transfronteriza[275].

Para otros autores, el tema de la afirmación o negación de la existencia de una norma de costumbre internacional de la soberanía sobre los propios recursos y la prohibición de causar daños al medio ambiente de otros Estados, carece de toda relevancia; según esta posición, el status legal internacional de la regla básica respecto al impacto transfronterizo está directamente relacionado con la igualdad soberana de los Estados como una premisa axiomática del orden legal internacional[276].

Sin embargo, puede concluirse que en el campo específico del derecho internacional ambiental existe una norma de costumbre internacional que tiene aceptación general por parte de la comunidad internacional, evidenciada en la celebración de tratados, su inclusión en las Declaraciones de Principios más importantes de la historia del derecho internacional ambiental, y la intención de reconocer el principio como una norma vinculante cuyo desconocimiento implica la responsabilidad de un determinado Estado en el escenario internacional.

271. Perrez, Franz Xaver, óp. cit., *supra* nota 237, p. 1211.
272. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 34; Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, p. 36.
273. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 236.
274. Ver *supra* nota 267.
275. Merrill, Thomas W., óp. cit., *supra* nota 263, p. 947.
276. Handl, Günther,. óp. cit., *supra* nota 231, p. 534.

Parte VII. Principio o concepto de desarrollo sostenible

1. Introducción

Las normas internacionales de protección ambiental no pueden ser entendidas de manera aislada del desarrollo de las sociedades y, viceversa, el avance natural y necesario de la historia de las civilizaciones no puede ignorar la conservación del medio ambiente, inherente y necesario para la supervivencia de las especies.

Con el fin de conciliar estos dos aspectos, el de desarrollo social y el de protección de los recursos naturales, se ha propuesto a nivel internacional el concepto o principio de "desarrollo sostenible", cuya evolución ha presentado ciertas particularidades diferentes de los demás principios de derecho internacional ambiental, entre ellas su consagración expresa obligatoria sólo en instrumentos posteriores a la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, punto de quiebre en la evolución del principio, y su reiterada elaboración en declaraciones de carácter no vinculante.

Para esclarecer estos aspectos, se propone presentar una exposición del concepto, evolución, finalidades y puntos de discusión alrededor del principio específico de desarrollo sostenible, haciendo un recuento de los principales instrumentos de derecho internacional –la mayoría de carácter no vinculante, como ya se mencionó– que consagran expresamente el principio; posteriormente, se analizarán, de manera especial, los diferentes elementos que lo componen, clasificados en elementos sustanciales y de procedimiento, haciendo mención de los instrumentos que los desarrollan de manera independiente; luego se indicarán algunas decisiones de la justicia internacional que han hecho referencia a este concepto, en particular el caso *Gabčíkovo*-Nagymaros y, finalmente, se concluirá con la indagación acerca de su estatus jurídico actual en el derecho internacional, haciendo una recapitulación de sus aspectos esenciales y cuestionando si se trata de un principio general de derecho o si ha adquirido el estatus de norma de costumbre internacional.

2. Concepto, evolución y objetivos del principio de desarrollo sostenible

Aparte de las referencias que algunos instrumentos de derecho internacional han hecho del principio, es difícil encontrar una definición comprensiva del concepto de desarrollo sostenible[277]. De manera muy amplia, el desarrollo sostenible puede ser definido como aquel concepto que intenta integrar consideraciones de tipo ambiental dentro de aspectos económicos y de desarrollo[278], o el intento de reconciliar eficiencia económica, crecimiento económico, protección ambiental y justicia en un sólo concepto[279].

Estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por primera vez, y como antecedente más remoto de desarrollo sostenible, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en 1972[280]. Al respecto, el Principio 2, sin hacer una mención expresa al desarrollo sostenible, mencionó el deber de preservar los recursos naturales de la tierra, aire, agua, flora y fauna (…) "*en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación*"[281]; el Principio 8 se refirió al desarrollo económico y social[282]; el 10 consagró que la estabilidad de precios y la obtención de ingresos adecuados son esenciales para la ordenación del medio de los países en vías de desarrollo y que en ello deben tenerse en cuenta los factores económicos y los procesos ecológicos[283]; el 11 estableció que las políticas ambientales deberían estar encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en vías de desarrollo[284]; el 13, según el cual "*los Estados deberían adoptar un enfoque integrado* (…) *de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano* (…)"[285]; el 14 reguló la "planificación racional"[286]; y el 21, relacionó el concepto de desarrollo y la explotación de los propios recursos naturales con los daños ambientales y las víctimas de la contaminación[287]. Esta fue la primera vez en que se estableció una relación estrecha entre protección ambiental y desarrollo económico[288].

No obstante, en esta regulación de medio ambiente y desarrollo, no existió una consagración explícita del concepto de "desarrollo sostenible" en la Declaración de Estocolmo; sólo en 1980 se hizo públicamente visible su uso con la Estrategia Mundial de Conservación[289] que definió el desarrollo sostenible como "*la integración de conservación y desarrollo para asegurar que las modificaciones al planeta realmente aseguren la supervivencia y el bienestar de todas las personas*"[290]. Pese a que esta iniciativa

277. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 93.
278. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 47.
279. Adams, Todd B., "Is There a Legal Future for Sustainable Development in Global Warming? Justice, Economics, and Protecting the Environment", en *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2003-2004, (16), pp. 77-126, p. 78.
280. Sin embargo, algunos tratadistas como Sands sugieren la idea de que la sostenibilidad ha sido característica en las relaciones internacionales y en la práctica estatal por lo menos desde 1893, cuando Estados Unidos aseguró tener el derecho de adoptar medidas de conservación de los osos marinos del Pacífico contra la explotación desproporcionada que otros Estados, como el Reino Unido, estaban haciendo de los mismos. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 253.
281. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 2.
282. *Ibid*., Principio 8.
283. *Ibid*., Principio 10.
284. *Ibid*., Principio 11.
285. *Ibid*., Principio 13.
286. *Ibid*., Principio 14.
287. *Ibid*., Principio 21.
288. Loibl, Gerhard, "Environmental Protection and Sustainable Development", en *The United Nations –Law and Practice*, editado por Cede, Frenz y Sucharipa-Behrmann, Lilly, Kluwer Law International, 2001, pp. 195-213, p. 195.
289. La Estrategia, preparada por algunas organizaciones inclinadas por la protección de los recursos naturales como la UICN, WWF, UNEP, UNESCO y la FAO, tenía como objetivo "*ayudar a promover la realización del desarrollo sostenible a través de la conservación de los recursos vivos*". Aunque no propuso una definición del principio, sí aportó la condición de que la vía más efectiva para evitar los daños ecológicos es integrar la conservación dentro del proceso de desarrollo desde sus etapas iniciales hasta su implementación. Ver http://www.iucn.org/ (consultada el 22 de septiembre de 2008).

representó un gran avance para la evolución del concepto de desarrollo sostenible, adolecía de una clara definición del mismo que le permitiera generar la celebración de acuerdos que desarrollaran y respaldaran el principio.

La verdadera importancia del concepto de "desarrollo sostenible" fue lograda en el plano internacional por la publicación del denominado Informe Brundtland (*Brundtland Report*) de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1987, que lo definió como "*un desarrollo que responde a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de responder a las suyas*", lo cual contiene dos nociones fundamentales e indivisibles del principio: de un lado, el concepto de necesidades y, de otro, la idea de las limitaciones que el estado de la técnica y de la organización social impone sobre la capacidad del medio ambiente de responder a las necesidades actuales y del futuro[291].

Posteriormente, en el marco de la Comunidad Europea se profirió la Declaración de Dublín de 1990, en la cual se logró un acuerdo entre los Ministros del Medio Ambiente de la Comunidad y de Europa Central y Oriental acerca de las medidas que deberán adoptarse para mejorar el medio ambiente en Europa en general, y se identificó el desarrollo sostenible como uno de los objetivos de la Comunidad Europea, que se logrará mediante la promoción de medidas reparadoras para resolver problemas que se han causado durante años de negligencia y para garantizar que el futuro desarrollo económico sea sostenible[292].

Años más tarde, la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que tenía como objetivo elaborar estrategias para la promoción del "*desarrollo sostenible y ambientalmente sano en todos los países*"[293] fue la primera ocasión en que los gobiernos del mundo oficialmente adoptaron este concepto como paradigma de desarrollo[294]; aunque los tres instrumentos de carácter no vinculante que se acordaron en dicha Conferencia consagraron el principio, ninguno de ellos proporcionó una definición formal y completa del mismo[295].

La Declaración de Río establece varias disposiciones que contienen el concepto: el Principio 4, uniendo los aspectos de medio ambiente y desarrollo en un solo proceso, consagró que: "*a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en*

290. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., "Sustainable Development", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, *supra* nota 231, pp. 613-638, p. 615.
291. Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 42/427 de agosto 4 de 1987, Capítulo 2 "Towards Sustainable Development", Introducción.
292. Declaración de Dublín del Consejo Europeo sobre el Imperativo Medioambiental, junio 16 de 1990.
293. Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Organización de Naciones Unidas, U.N. GAOR, 85ª Sesión, 152-153, U.N.Doc. A/RES/44/228 (1990).
294. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, p. 615.
295. Schwarz, Priscilla, "Sustainable Development in International Law", en *Non-State Actors and International Law*, 2005, (5), pp. 127-152, p. 130.

forma aislada"[296]; además, consagró, por primera vez, el derecho al desarrollo "*que debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras*"[297].

De esta forma el desarrollo sostenible adquirió pleno consenso a nivel mundial por toda la comunidad de Estados agrupados en las Naciones Unidas; estableciendo que "*los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible*"[298], la Conferencia ubicó el tema del desarrollo y su relación con la protección ambiental y la supervivencia de los seres humanos como uno de sus principales focos de discusión y uno de sus objetivos esenciales a tener en cuenta a nivel internacional. Esta disposición, que encabeza la Declaración de Río, aboga por una nueva visión de los seres humanos que los sitúa como de fundamental importancia, por lo que su bienestar debe tener en cuenta la preservación del medio ambiente, del cual la humanidad depende[299].

Además de ello, la Declaración también establece la erradicación de la pobreza como "*requisito indispensable del desarrollo sostenible*", cuya tarea debe ser realizada por medio de la cooperación de todos los Estados y todas las personas, "*a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo*"[300]; en una sociedad acosada por la pobreza sería muy difícil hacer realidad el desarrollo sostenible, toda vez que ésta conduce a la violación de derechos humanos, como lo son la salud, un adecuado estándar de vida, el sustento, la alimentación, la vivienda, etc.[301], elementos indispensables y necesarios del desarrollo.

De acuerdo con la Declaración, "*para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, se deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas*"[302]. Esta disposición hace mención del papel que cumplen la producción y las políticas públicas en la realización del desarrollo sostenible; por una parte, impulsan la proscripción de las modalidades de producción que sean incompatibles con el medio ambiente, o aquellas que no tengan en cuenta los efectos adversos que la producción industrial puede acarrear sobre los recursos naturales; por otra, le otorgan a la política de desarrollo un rol fundamental en el control de la cantidad de personas que pueden habitar y gozar de sus derechos fundamentales en un determinado medio.

296. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 4.
297. *Ibid*., Principio 3.
298. *Ibid*., Principio 1.
299. Para Araujo, el Principio 1 de la Declaración de Río debería ser el marco esencial de comprensión del concepto de desarrollo sostenible. Ver Araujo, Robert John, "Rio + 10 and the World Summit on Sustainable Development: Why Human Beings are at the Center of Concerns", en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, (2), pp. 201-225, pp. 210-211.
300. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 5.
301. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 111.
302. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 8.

La Agenda 21, por su parte, contiene varias referencias al concepto de desarrollo sostenible. Diseñada como un plan para la acción de la Declaración de Río, propuso la cooperación global para el desarrollo sostenible, estableciendo en la primera de sus cuatro secciones las dimensiones de cobertura social y económica, recomendaciones sobre el concepto mencionado, patrones de consumo, pobreza e integración de medio ambiente y desarrollo en el proceso de toma de decisiones[303].

La Declaración de Río sobre Bosques, tercer instrumento no vinculante de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, expresó un consenso global sobre la administración, conservación y desarrollo sostenible de los bosques del mundo, desde la política forestal de cada país, con una amplia participación en la toma de decisiones, estimulando modalidades de producción y consumo para erradicar la pobreza y promover la seguridad alimentaria, facilitando a los países en desarrollo los recursos financieros nuevos y adicionales para permitirles ordenar, conservar y desarrollar, en forma sostenible, sus recursos forestales, etc[304].

En 1992 fue creada la Comisión de Desarrollo Sostenible por la Asamblea General de las Naciones Unidas[305] a la cual le fueron asignadas principalmente tres tareas: observar el progreso a nivel internacional, regional y nacional de la implementación de las recomendaciones y compromisos contenidos en los documentos definitivos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; elaborar la guía política y las opciones para las futuras actividades en aplicación de los objetivos de la Agenda 21 -ahora del Plan de Johannesburgo-; y promover el diálogo y la cooperación entre gobiernos, la comunidad internacional y los grupos identificados en la Agenda 21 como actores clave -fuera de los gobiernos centrales- que tengan un rol mayor en la transición hacia el desarrollo sostenible, como mujeres, jóvenes, indígenas, etc.; este monitoreo prevé la provisión de información desde los Estados de reportes periódicos acerca de la implementación de los compromisos[306].

La Comisión de Desarrollo Sostenible se encuentra conformada por cincuenta y tres miembros, elegidos por el ECOSOC sobre bases de distribución geográfica equitativa y representación de alto nivel; su estatuto establece la amplia participación de observadores, como agencias especializadas, pueblos indígenas, mujeres, jóvenes, científicos, ONG's, trabajadores, industriales, campesinos y autoridades de orden local[307].

303. Agenda 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Anexo 2 (1992), Sección 1.
304. Declaración de principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. III), Anexo 3 (1992).
305. Resolución 47/191 de diciembre 22 de 1992, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
306. Para una completa información acerca de los objetivos y funcionamiento de la Comisión de Desarrollo Sostenible ver http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd_mandate.htm (consultada en septiembre 23 de 2008).

Se ha hecho énfasis en que la Comisión de Desarrollo Sostenible posee un carácter puramente consultivo, que los Estados no tienen el deber absoluto de someter a ella los reportes y que la Comisión tiene poderes muy limitados[308]. Sin embargo, su constitución en el seno de las Naciones Unidas representa un gran esfuerzo por parte de la comunidad internacional para dotar las propuestas de desarrollo sostenible de un organismo que tuviera como misión el cumplimiento de las proposiciones tendientes a materializar este fin, y hacer realidad los acuerdos logrados en Río de Janeiro en la relación del medio ambiente y el desarrollo de los países.

Con posterioridad, en 1994, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo[309] la cual tuvo como temas fundamentales la población, el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible; en su Programa de Acción, la Conferencia retomó algunos de los principios de la Declaración de Río, como el concepto de crecimiento económico en el marco del desarrollo sostenible, la proposición de reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles, la necesidad de adoptar políticas de desarrollo sostenible, y la definición del objetivo de fomentar una distribución espacial más equilibrada de la población, estimulando de manera integrada el desarrollo equitativo y ecológicamente sostenible, entre otros[310].

Entre algunos sucesos importantes de esta Conferencia, vale la pena resaltar la discusión que se presentó entre algunos países, principalmente en vías de desarrollo, acerca de la importancia del concepto que nos ocupa. Según estos países, el "crecimiento económico sostenido" era más importante que el desarrollo sostenible, el cual era una forma de mantener a los países en vías de desarrollo en una posición subordinada; para otros países, por el contrario, la protección y la salud del medio ambiente y la justicia social no podían ser ignoradas, con miras a lograr una economía y sociedad saludables a largo plazo. Finalmente, el Programa de Acción le otorgó primacía al desarrollo sostenible, aunque usó la frase "crecimiento económico sostenido en el contexto del desarrollo sostenible"[311].

Esta discusión continuó en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social[312], que tuvo como fines esenciales dar mayor importancia al programa internacional y promover una mayor concientización con respecto a temas referentes a la co-

307. *Ibid*.
308. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 55.
309. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se celebró en El Cairo, Egipto del 5 al 13 de septiembre de 1994.
310. Un resumen completo de lo acontecido y acordado en la Conferencia internacional sobre Población y Desarrollo se encuentra disponible en http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm (consultada en septiembre 23 de 2008).
311. Ver Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, p. 616.

operación entre los Estados miembros y la participación de otros agentes del desarrollo. En esta Conferencia, los países en vías de desarrollo insistieron en el lenguaje de dar igual importancia al desarrollo sostenible y al "crecimiento económico sostenido", aunque al final se reafirmó una vez más el primero como paradigma a seguir y, por primera vez en un documento de las Naciones Unidas, se hizo una relación expresa entre desarrollo económico y social, de un lado, y la protección del medio ambiente del otro[313]. Al respecto, el parágrafo 6 de la Declaración de Copenhague estableció que los países están "*profundamente convencidos de que el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes de desarrollo sostenible interdependientes y que se fortalecen mutuamente*" y que "*un desarrollo social equitativo que reconozca que los pobres deben tener el poder necesario para utilizar de modo sostenible los recursos ambientales, es el fundamento necesario del desarrollo sostenible*"[314].

En el año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas profirió la Declaración del Milenio en la cual los gobiernos del mundo acordaron principios y valores de aplicación universal; trataron los temas de la paz, la seguridad y el desarme; plasmaron sus compromisos sobre aspectos de desarrollo y erradicación de la pobreza, la protección del entorno común, los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno; y la protección de las personas vulnerables y las especiales necesidades de África[315].

Entre los valores fundamentales, esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, se consagró "el respeto de la naturaleza", de acuerdo con el cual "*es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible*"; y que "*sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las inconmensurables riquezas que nos brinda la naturaleza*"; además, estableció que "*es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y el de nuestros descendientes*"[316].

Además, los Estados reafirmaron el apoyo al principio del desarrollo sostenible convenido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[317] e incluido en el Programa 21, y se declararon preocupados por "*los obstáculos a que se enfrentan los países en desarrollo para movilizar los recursos necesarios para financiar su desarrollo sostenible*"[318].

312. La Cumbre Mundial para el Desarrollo Social se celebró en Copenhague, Dinamarca, del 6 al 12 de marzo de 1995.
313. Ver Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, pp. 616-617.
314. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, aprobada en la 14ª Sesión Plenaria, celebrada en marzo 12 de 1995, A/CONF.166/9.
315. Declaración del Milenio, Resolución A/RES/55/2 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 8ª Sesión Plenaria, septiembre 8 de 2000.
316. *Ibid*., par. 6.

Este último aspecto hace énfasis en el contenido económico que posee el principio de desarrollo sostenible. La especial prioridad otorgada a los países en vías de desarrollo en la realización de este concepto ha generado, a nivel internacional, la constitución de herramientas de cooperación financiera para permitir a los Estados cumplir con sus obligaciones ambientales[319] en concordancia con sus políticas de desarrollo. A este fin, mecanismos como el GEF[320] han contribuido en la implementación de la Agenda 21, en la materialización de los propósitos trazados en esta esfera, en la puesta en práctica del deber de cooperación y, con espíritu de solidaridad, en la aplicación de los principios consagrados en la Declaración de Río y en el "*ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible*"[321].

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo en 2002, significó el último gran hito en el campo del derecho internacional ambiental[322] y, de manera particular, de la importancia a nivel internacional del concepto de desarrollo sostenible. La Cumbre estudió e identificó los principales problemas y áreas que necesitaban atención y reafirmó el compromiso de los países por realizarlo en acuerdos contenidos en dos documentos: la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible[323] y el Plan de Implementación[324]. Además de reiterar los requisitos indispensables para su ejecución en temas de agua, océanos, biodiversidad, bosques, atmósfera, etc., promovió la cooperación pública-privada entre gobiernos, empresarios y ONG's vinculadas con la materialización de los compromisos acordados en el Plan de implementación y en la Agenda 21, aunque éstas no deben sustituir las responsabilidades y compromisos de los Estados, de los cuales proviene la única solución a los problemas relacionados con el desarrollo y el medio ambiente[325].

Como se constata, ninguna de las Conferencias mundiales y regionales celebradas ni las Declaraciones acordadas en el curso de cada una de ellas, definió el concepto o principio de desarrollo sostenible. Quizá el objetivo expresado en el *Brundtland Report* contenga los elementos más importantes del principio, aunque adolece de otros que han sido adicionados en la evolución del derecho internacional ambiental.

Algunos autores encuentran esta definición imprecisa y vaga, pese a su amplio respaldo a nivel nacional a internacional[326]; de acuerdo con los opositores, en

317. *Ibid*, par. 22.
318. *Ibid*., par. 14.
319. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 55.
320. El GEF (Global Environmental Facility) fue establecido en 1990 por resolución del Banco Mundial en consulta con el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), con el fin de proveer asistencia financiera a los países en vías de desarrollo, por un tiempo inicial de tres años y enfocado a cuatro problemas ambientales específicos: calentamiento global, contaminación de los cursos de aguas internacionales, destrucción de la diversidad biológica y agotamiento de la capa de ozono. Posteriormente, en 1992, la degradación de la tierra fue adicionada como un problema focal para el GEF.
321. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 27.
322. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 91.
323. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, Sudáfrica, agosto 26 a septiembre 6 de 2002, UN Doc. A/CONF.199/20 (2002).
324. Plan de Implementación de la Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible, *supra* nota 225.
325. Nanda, Ved Prakash, "Sustainable Development, International Trade and the Doha Agenda for Development", en *Chapman Law Review*, 2005, (8), pp. 53-75, p. 69.

ninguna parte se encuentra una explicación de las necesidades comprendidas, ni cómo balancear las necesidades de las generaciones presentes y futuras, o cómo hacer realidad la equidad intergeneracional, ni tampoco cómo interactúa el desarrollo sostenible en contextos políticos en casos específicos[327].

Otros autores identifican el problema en la generalidad que posee el principio de desarrollo sostenible la cual, sin embargo, es inevitable y apropiada, toda vez que el concepto debe proporcionar la guía e inspiración a los encargados de la toma de decisiones, ser capaz de adaptarse a los diferentes contextos, envolver diferentes realidades económicas, condiciones ecológicas, características de la población, sistemas legales, culturas, valores y preferencias[328].

La vaguedad, generalidad y dudas que suscita el concepto de desarrollo sostenible, han sido objeto de estudio por parte de la doctrina internacional, la cual ha propuesto algunos enfoques para el esclarecimiento de su significado y su contextualización en el derecho internacional contemporáneo[329].

En primer lugar, se ha desarrollado una perspectiva basada en la definición consagrada en el *Brundtland Report*, la cual ha presentado dos vertientes fundamentales: de un lado, una visión utilitarista del concepto, con una tendencia marcadamente antropocéntrica, la cual pone el énfasis en el desarrollo a partir de los recursos naturales[330]; por el otro, se ha planteado un punto de vista que condiciona las actividades de desarrollo al reconocimiento de la protección al medio ambiente, conforme con lo cual la sostenibilidad implica el mantenimiento de la integridad de los procesos, ciclos y ritmos de la naturaleza[331].

Un segundo enfoque, retoma los elementos aportados por la Declaración de Río e instrumentos posteriores y ubica el concepto de desarrollo sostenible de acuerdo con sus fuentes, como una noción que incluye "nuevas normas y estándares" a ser desarrollados en instrumentos que se suscriban de ahora en adelante. La importancia radica en la forma como cada instrumento aprecie el principio —como una regla o como un estándar— y del diseño de parte de los Estados de nuevas actividades o la continuación de las que se encuentran en curso, teniendo en cuenta las capacidades de cada uno de ellos[332].

326. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 49; Nanda, Ved Prakash, óp. cit., *supra* nota 325, pp. 53-54; y Osofsky, Hari M., "Defining Sustainable Development After Earth Summit 2002", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2003-2004, (26), pp. 111-125, pp. 112-113.
327. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, pp. 49-50.
328. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, p. 621.
329. Schwarz, Priscilla, óp. cit., *supra* nota 295, p. 132.
330. Handl, Günther, "Sustainable development: general rules versus specific obligations", en *Sustainable Development & International Law*, editado por Lang, Winfried, Graham and Trotman Ltd., Londres, 1995, pp. 35 y ss, p. 36.
331. Shiva, Vandana, "Resources", en *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, editado por Sachs, Wolfgang, Zed Books Ltd, London, 1992, p. 217. En este mismo sentido se manifiesta Jacobs, para quien la sostenibilidad no puede ser expresada en términos de riqueza total. Ver Jacobs, Michael, *The Green Economy: Environment, Sustainable Development and the Politics on the Future*, Pluto Press, Londres, 1991, p. 84.

La tercera posición tiene en cuenta el desarrollo sostenible como un proceso, o un concepto, que juega un rol instrumental para el cambio efectivo de las modalidades de crecimiento, ubicándolo como el marco lógico para el cambio e identificación de la mejor forma de hacer realidad los objetivos de protección del medio ambiente y consecución del desarrollo[333].

Además de estas dudas existentes alrededor del principio, la aplicación de sus elementos básicos ha encontrado dificultades en la práctica. Las diferencias entre países del Norte y del Sur acerca de sus perspectivas y modalidades de crecimiento, han generado variaciones en su preocupación por el medio ambiente y su relación con el desarrollo y que no sea posible encontrar acuerdo en una sola posición. Se aduce que sería injusto que el crecimiento de los países más pobres no tuviera la oportunidad de seguir el mismo proceso de los países desarrollados, los cuales han adelantado prácticas de degradación del medio ambiente; además, las modalidades de consumo, crecimiento demográfico e ingreso *per cápita,* varían ostensiblemente entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados[334], haciendo difícil encontrar unanimidad en la definición del concepto y otorgamiento de importancia a nivel internacional.

La falta de definición legal del principio y los problemas que han surgido en su implementación no han sido obstáculo, sin embargo, para que se busque su concreción a partir de ciertos elementos constitutivos que han generado un nivel de consenso por la comunidad internacional.

3. Elementos del principio de desarrollo sostenible

En la definición general que presenta el principio de desarrollo sostenible, algunos autores han encontrado elementos característicos a partir de los cuales podría generarse una noción más clara del concepto. De manera casi unánime, se han propuesto unos elementos sustantivos y otros de procedimiento. Entre los primeros, Sands ha propuesto: la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las generaciones futuras (principio de equidad intergeneracional); explotar los recursos naturales de manera "sostenible", "racional" o "apropiada" (principio de uso sostenible); uso equitativo de los recursos entre los Estados (o principio de equidad intrageneracional); e integración de las consideraciones

332. Este enfoque es expuesto por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros,* al cual se hará mención más adelante.

333. International Institute for Environment and Development (IIED) and World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), "Breaking New Ground: Mining, Minerals and Sustainable Development Project", Earthscan Publications, Londres, 2002.

334. Osofsky, Hari M., óp. cit., *supra* nota 326, pp. 114-115.

ambientales en los planes y proyectos de desarrollo (principio de integración)[335]. Entre los segundos se encuentran el derecho a tener acceso a la información concerniente al medio ambiente, el de participar en el proceso de toma de decisiones y el de buscar soluciones[336].

Teniendo en cuenta el consenso que existe en la doctrina acerca de los elementos constitutivos y característicos del principio de desarrollo sostenible, se hará una exposición de cada uno de ellos, con mención de los tratados que los consagran y desarrollan, a fin de extraer algunas consecuencias útiles y sistematizar el concepto.

a. Elementos sustanciales

1) Equidad intergeneracional

Este elemento se desprende claramente de la definición del *Brundtland Report*, la cual requiere que las futuras generaciones deberían heredar la Tierra casi en la condición que la recibieron sus ancestros y con, al menos, un acceso comparable y equitativo a sus recursos y beneficios[337].

De acuerdo con esto, un componente esencial del desarrollo sostenible lo constituye la necesidad de conservar, para el futuro, el medio natural y el uso de sus recursos —incluyendo su calidad[338]— como medio indispensable para la satisfacción de las necesidades futuras; esta noción ubica la posición de cada generación como parte intemporal de la sociedad humana[339], como sujetos que habitan y aprovechan los recursos del planeta en momentos históricos particulares de la existencia de la Tierra, la cual es fuente de supervivencia de todas las especies presentes y futuras; por ello, en palabras de Weiss, las generaciones son auténticas fideicomisarias del planeta y el medio natural[340], son las responsables de garantizar que los que aún no habitan en el planeta puedan gozar de los mismos derechos y beneficios que los alcanzados hasta el momento[341].

Este elemento de la equidad intergeneracional ha estado presente desde las más tempranas etapas de la evolución del derecho internacional ambiental. En la decisión del *Pacific Fur Seals Arbitration* ya se mencionaba el tema de la protección de los recursos naturales en beneficio y para la utilidad de las generaciones futuras[342];

335. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 253. En este mismo sentido G. Loibl, óp. cit., p. 197, quien además incluye el derecho al desarrollo; Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, pp. 619-622; y Horn, Laura, "Emerging Trends in Sustainable Development: The International Initiatives", en *Australian International Law Journal*, 2002, (24), pp. 24-56, pp. 33-38.
336. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 93.
337. Weiss, Edith Brown, "In Fairness to Future Generations and Sustainable Development", en *American University Journal of International Law & Policy*, 1992-1993, (8), pp. 19-26, p. 21.
338. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 89.
339. Weiss, Edith Brown, óp. cit., *supra* nota 337, p. 23.
340. Weiss, Edith Brown, "The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity", en *Ecology Law Quarterly*, 1984, (11), pp. 495-581, p. 507.
341. Se ha discutido que es difícil expresar en términos legales la idea de una "responsabilidad moral" con respecto a las generaciones futuras —en palabras de Rawls—, por la existencia aún indeterminada de estas generaciones. Citado por Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 90.

este precedente continuó su desarrollo en posteriores tratados internacionales referentes a la mayoría de campos de protección del medio ambiente.

Entre los primeros se encuentra la Convención Internacional para la Caza de Ballenas de 1946, que reconoció "*el interés de las naciones del mundo en preservar para las futuras generaciones las grandes riquezas naturales constituidas por las existencias balleneras*"[343] y la Convención de Argel de 1968, que estableció que los recursos naturales deberían ser conservados, utilizados y desarrollados "*mediante el establecimiento y mantenimiento de su utilización racional para el presente y futuro bienestar de la humanidad*"[344]; además, en materia de protección biológica, la Convención CITES de 1973 consagró que el reconocimiento de "*que la fauna y flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras*"[345]; la Convención de Bonn de 1979 prescribió que "*cada generación humana es depositaria de los recursos de la tierra para transmitirlos a las generaciones futuras y tiene la misión de asegurar que este legado sea preservado y, de hacer uso de él, ha de utilizarlo con prudencia*"[346]; y el Convenio sobre Diversidad Biológica estableció que las partes del mismo estaban resueltas a "*conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras*"[347].

Por otro lado, en materia de recursos hídricos, la Convención sobre cursos de Aguas Internacionales, de acuerdo con la cual "*los recursos hídricos se ordenarán de forma que se satisfagan las necesidades de la generación actual, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*"[348], reafirma la definición consagrada en el *Brundtland Report*; y en materia de cambio climático, la Convención Marco de 1992 manifiesta el deseo de "*proteger el sistema climático para las generaciones futuras*", elemento característico de la equidad intergeneracional[349].

Además, en las Declaraciones de Principios de las dos Conferencias Mundiales sobre Medio Humano y Medio Ambiente y Desarrollo, el tema cobró especial relevancia. En la Declaración de Estocolmo este interés fue plasmado en el Principio 1, el cual otorgó al hombre "*la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras*"[350], y en el Principio 2, que estableció que los recursos naturales "*deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras (…)*"[351]; por su parte, la Declaración de Río, continuando con este obje-

342. Pacific Fur Seal Arbitration, *supra* nota 29.
343. Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, Washington D. C., diciembre 2 de 1946, Preámbulo.
344. Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, *supra* nota 169, Preámbulo.
345. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, *supra* nota 24, Preámbulo.
346. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, *supra* nota 24, Preámbulo.
347. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, Preámbulo.
348. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, *supra* nota 28, artículo 2 (5) (c).
349. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, Preámbulo.

tivo, dispuso en su Principio 3 que "*el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras*"[352].

Algunos tratadistas han discutido el papel y capacidad procesal que pudieran tener las generaciones futuras, como sujetos de protección por el derecho internacional ambiental, ante cualquier corte de justicia internacional. Pese a que ningún Tribunal ha reconocido expresamente derechos a las mismas, existe un creciente interés por dotarla de plena protección y ser representadas en juicio por las generaciones presentes, como sucede en algunos sectores de las justicias nacionales[353].

El impulso y desarrollo logrados para hacer efectiva la protección de las generaciones futuras requieren, no obstante, una mayor responsabilidad de las generaciones actuales, tarea que no es fácil por la ausencia de políticas eficaces, instituciones apropiadas y la persistencia de la visión de corto plazo que caracteriza a nuestras sociedades[354]. De la superación de estos obstáculos, la proposición de una nueva estrategia de desarrollo, la realización de evaluaciones de impacto futuro y monitoreo de las políticas actuales, dependerá el cumplimiento del objetivo de respetar los derechos de las generaciones futuras en relación con el medio ambiente, sin renunciar a las posibilidades de desarrollo y aprovechamiento de los recursos por las generaciones del presente.

2) Equidad intrageneracional

Este segundo elemento se encuentra relacionado con la equidad de condiciones que se debe buscar entre los sujetos de la misma generación, teniendo en cuenta el panorama de abismales diferencias económicas y de vida entre unos países y otros y su impacto en el desarrollo y en la protección al medio ambiente.

El *Bruntland Report* menciona, como un elemento inherente a la noción de desarrollo sostenible, el concepto de necesidades y, particularmente, las esenciales de los más pobres, a los cuales es conveniente conceder mayor prioridad[355]; este mandato originó, especialmente con posterioridad a la Conferencia de Río, que gran parte de los esfuerzos se enfocaran en la erradicación de la pobreza, como un paso previo para hacer realidad este principio.

350. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 1.
351. *Ibid.*, Principio 2.
352. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 3.
353. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 91.
354. Weiss, Edith Brown, óp. cit., *supra* nota 337, p. 26.
355. Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, *supra* nota 291, Capítulo 2 "Towards Sustainable Development", Introducción.

Precisamente, en este sentido, se manifestó el Principio 5 de la Declaración de Río al establecer que "*todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible*"[356]; este objetivo fue, además, soportado por la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social en relación con el desarrollo sostenible y el desarrollo social, a través de acciones de cooperación de carácter nacional e internacional, y a través de la creación de organizaciones internacionales que asistan a los países en vías de desarrollo a lograr la completa erradicación de la pobreza[357]. Además, se dejó claro que "*un desarrollo social equitativo, que reconozca que los pobres deben tener el poder necesario para utilizar de modo sostenible los recursos ambientales, es el fundamento necesario del desarrollo sostenible*"[358].

La Conferencia de Río, regulando el tema de la equidad, contempló, además, la distribución de las responsabilidades futuras para la protección ambiental entre Estados que tienen diferentes niveles de desarrollo económico, que han contribuido en diferentes grados a los problemas particulares y tienen diferentes prioridades y necesidades ambientales y de desarrollo[359]; en este último aspecto, la Declaración reflejó los esfuerzos por generar un consenso internacional para permitir a los países en vías de desarrollo hacer parte activa de la política ambiental y de desarrollo, para lo cual fueran tenidas en cuenta sus circunstancias particulares de pobreza. Dicho esfuerzo estuvo, además, acompañado del principio de responsabilidad común pero diferenciada -analizado atrás[360]-, y de participación de todos los países en la elaboración de las políticas ambientales, sin menoscabo de sus posibilidades de desarrollo[361].

Para el logro de este fin, el derecho internacional también ha contemplado el principio de cooperación, mediante la asistencia financiera y tecnológica a los países en vías de desarrollo por parte de los países industrializados, teniendo en cuenta la carencia de estos recursos por parte de los primeros[362]. Aunque ya se ha hecho mención de la cooperación en materia ambiental[363], es pertinente resaltar que esta herramienta también se encuentra enfocada a reducir los desequilibrios en los niveles de desarrollo de los países, a lograr una distribución equitativa de los beneficios del mismo y a hacer realidad en todos los Estados la efectiva protección del medio ambiente.

356. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 5.
357. Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, *supra* nota 314, Compromiso 2.
358. *Ibid.*, par. 6.
359. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 262.
360. Ver Parte III de este Capítulo, relativa al Principio de "responsabilidad común pero diferenciada".
361. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, pp. 630-631.
362. *Ibid.*, pp. 620-621.
363. Ver Parte IV de este Capítulo, relativa al Principio de cooperación.

Algunos instrumentos vinculantes de derecho internacional han contemplado disposiciones sobre la prioridad que los más pobres tienen en la realización del desarrollo sostenible. La Convención de Viena sobre la Capa de Ozono estableció que se tendrán en cuenta "*las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo*"[364]; la Convención sobre el Cambio Climático afirmó que "*las respuestas al cambio climático deberían coordinarse de manera integrada con el desarrollo social y económico con miras a evitar efectos adversos sobre este último, teniendo plenamente en cuenta las necesidades prioritarias legítimas de los países en desarrollo para el logro de un crecimiento económico sostenido y la erradicación de la pobreza*"[365]; y el Convenio sobre Diversidad Biológica manifestó que "*es necesario adoptar disposiciones especiales para atender las necesidades de los países en vías de desarrollo*", que se tomaría nota "*de las condiciones especiales de los países menos adelantados y de los pequeños Estados insulares",* y que *"el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza, son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo*"[366].

El elemento de la equidad intrageneracional, ha puesto de relieve el aspecto de la utilización de los recursos compartidos, principalmente de los cursos de agua y pesca y otras especies explotadas a nivel internacional por varios Estados. Cada parte debe tener un derecho igual al uso de los recursos, teniendo en cuenta el carácter transnacional y común que poseen los mismos, no obstante que si el uso de una de las partes impacta el uso benéfico de otras, y no todos los usos de todas las partes pueden ser satisfechos, algunas limitaciones son necesarias[367].

Entre las fuentes de derecho que han regulado el tema del aprovechamiento de los recursos naturales compartidos, puede mencionarse la Convención sobre Cursos de Aguas Internacionales, que estableció los derechos y obligaciones de los Estados ribereños sobre las aguas compartidas por varios países[368]; y las decisiones judiciales de las *Pesquerías Islandesas*, en las que la Corte Internacional de Justicia dejó en claro el derecho de pesca preferencial en las aguas adyacentes a esta zona de pesca exclusiva, a favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial con respecto a estas pesquerías y estableció, para las partes interesadas, la obligación de estudiar la situación de los recursos pesqueros compartidos y examinar, de manera conjunta, las medidas que imponen la conservación, el desarrollo y la explotación equitativa de tales recursos[369]; y el caso del lago Lanoux (*Lac Lanoux case*), según el cual los Estados deben em-

364. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, *supra* nota 21, Preámbulo.
365. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, Preámbulo.
366. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, Preámbulo.
367. Kiss y Shelton mencionan que nociones como el derecho derivado de los primeros usos, la igualdad estricta, el uso proporcional basado en la población y la prioridad acordada a ciertos usos han sido afirmadas como bases, en un tiempo o en otro, para determinar lo que es una distribución equitativa de los recursos naturales compartidos. Ver Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, pp. 108-109.
368. Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, *supra* nota 28.

prender negociaciones en las cuales deben considerarse los diferentes intereses en juego e intentar satisfacer, de la mejor manera posible, a todas las partes que comparten la utilización de los recursos naturales[370].

3) Uso sostenible

Este tercer elemento, enfocado a la adopción de estándares que regulan el índice o ritmo de explotación de los recursos naturales[371], ha logrado ser un concepto independiente en el contexto de la evolución del derecho internacional relacionado con la conservación del medio ambiente[372], presente desde su surgimiento y motor de su permanente desarrollo.

Teniendo en cuenta el creciente reconocimiento que ha venido ganando la situación crítica del medio ambiente y el hecho de que la naturaleza sea considerada la infraestructura de la sociedad, se ha considerado extensamente que el medio ambiente tiene que ser preservado, por lo menos, en un alcance significativo[373]; con este fin, diversos tratados y otros actos de derecho internacional han abogado por considerar que el uso de los recursos naturales por parte de los países, plenamente legítimo con sus perspectivas y posibilidades de desarrollo, debe tener algunas limitaciones con el fin de que tales recursos no se agoten rápidamente, se proteja la vida del planeta y se puedan satisfacer las necesidades de todos por igual.

Al cumplimiento de este objetivo, concretizado esencialmente en la noción de "conservación" de los recursos naturales, ha estado focalizado el concepto de "uso sostenible", mediante la utilización de términos estrechamente relacionados con él, como "racional", "prudente", "sano" y "apropiado", los cuales han sido usualmente utilizadas de manera combinada, siendo su significado particular dependiente de su aplicación en cada instrumento[374].

Al respecto, aunque las Declaraciones de Principios de Estocolmo y de Río de Janeiro no incluyeron estos términos de manera expresa, sí pueden inferirse de algunas de sus disposiciones. La Declaración de Estocolmo, aunque no contempló el principio de desarrollo sostenible, propuso que "*debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables*"[375] y que "*los recursos no renovables de la tierra deben emplearse de forma que se evite*

369. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* y *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), supra* nota 33.
370. Affaire du lac Lanoux, *supra* nota 31, p. 315. En este mismo sentido ver *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35.
371. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 257.
372. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 88.
373. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, p. 620.
374. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 260.

el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparta los beneficios de tal empleo"[376]; por su parte, la Declaración de Río, al tenerlo en cuenta, estableció que a fin de hacerlo realidad y lograr una mejor calidad de vida para todas las personas "*los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles*"[377], es decir, reemplazar los métodos que degradan el medio ambiente por otros basados en su utilización racional y, por consiguiente, sostenible.

Además, numerosos instrumentos vinculantes en materia de derecho internacional ambiental han consagrado extensivamente la noción de uso sostenible, mediante la utilización de los más variados términos. En materia de recursos vivos del mar, en la cual el concepto ha cobrado una fuerza especial, la Convención Internacional sobre la Caza de Ballenas estableció un "*sistema de reglamentación internacional para la pesquería ballenera a fin de asegurar la debida y efectiva preservación y aumento de las existencias balleneras*" y que sus disposiciones modificatorias serán las necesarias para "*disponer la conservación, fomento y utilización óptima de los recursos balleneros*"[378]; la Convención sobre las Focas Antárticas reconoció que éstas no deberían ser agotadas "*por una explotación excesiva*" y "*que toda caza debería ser regulada para no exceder los niveles de óptimo rendimiento sostenible*"[379]; y el Acuerdo sobre Poblaciones de Peces altamente Migratorios estableció como objetivo "*asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios*", promoviendo el objetivo de su "*aprovechamiento óptimo*"[380].

En este mismo campo, la Convención sobre el Derecho del Mar consagró que los Estados ribereños cooperarán "*con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva*"[381]; que los Estados tomarán medidas respecto a la conservación de los recursos de la alta mar "*con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible*"[382]; y que se asegurará "*la administración ordenada, segura y racional de los recursos de la Zona, incluida la realización eficiente de las actividades en la Zona y de conformidad con sólidos principios de conservación*"[383].

En el tema de la conservación de la biodiversidad, el concepto ha tenido algunas variaciones; la Convención de Argel de 1968 estableció que la utilización de todos los recursos naturales debe apuntar a la satisfacción de las necesidades del

375. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 3.
376. *Ibid.*, Principio 5.
377. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 8.
378. Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, *supra* nota 343, Preámbulo y artículo V (2).
379. Convención para la Conservación de las Focas Antárticas, Londres, junio 1º de 1972, Preámbulo.
380. Acuerdo sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, *supra* nota 65, artículo 2 y artículo 5 literal a).
381. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 27, artículo 64 (1).
382. *Ibid.*, artículo 119 (1) (a).
383. *Ibid.*, artículo 150 (b).

hombre, acorde con la capacidad del medio ambiente[384]; la Convención de Bonn de 1979 dispuso que "*la conservación y gestión eficaces de las especies migratorias de la fauna silvestre requieren una acción concertada de todos los Estados dentro de cuyos límites de jurisdicción nacional habitan estas especies en un determinado momento de su ciclo biológico*"[385]; el Convenio sobre Diversidad Biológica definió la utilización sostenible "*como la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica (…)*"[386]; y el Protocolo sobre Bioseguridad, de 2000, estableció como su objetivo garantizar un nivel adecuado de protección en la transferencia de organismos vivos modificados y la "*utilización sostenible de la diversidad biológica*"[387]; entre otros instrumentos.

Además, la Convención contra la Desertificación propuso como uno de sus principios la cooperación y asociación para la promoción del uso sostenible de los recursos de tierras y de los escasos recursos hídricos en las zonas afectadas[388]; el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales estableció como uno de sus objetivos "*fomentar el desarrollo de políticas nacionales encaminadas a la utilización sostenible y la conservación de los bosques tropicales y de sus recursos genéticos*"[389]; la Convención Marco sobre el Cambio Climático estableció como un principio el desarrollo sostenible y, como un compromiso para las Partes, la gestión sostenible con respecto a la emisión de gases de efecto invernadero[390]; y la Convención de Ramsar estableció el deber de las Partes de tener en cuenta "*sus responsabilidades de carácter internacional con respecto a la conservación, gestión y uso racional de las poblaciones migradoras de aves acuáticas*"[391].

Como se constata, pese a la diversidad en la terminología, el objetivo de aprovechar el medio ambiente de una manera racional, sostenible o adecuada, ha sido una constante en la regulación internacional ambiental; múltiples límites han sido establecidos por el derecho internacional sobre el ritmo o manera de explotar los recursos naturales, incluyendo los que son compartidos y los que se encuentran más allá de toda jurisdicción nacional[392].

No obstante, ha sido particularmente difícil para el derecho internacional imponer a los Estados una obligación general de conservación y uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente natural[393]; su inclusión en los instrumentos internacionales como un principio, o de manera programática en su preámbulo, ha generado que aún sea considerado como un modelo ideal que deberá ser realizado

384. Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, *supra* nota 169, Preámbulo.
385. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, *supra* nota 24, Preámbulo.
386. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 2. Además, el Convenio contempló, en sus artículos 6 y 10, algunas medidas para la "conservación y la utilización sostenible" de los componentes de la diversidad biológica.
387. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, *supra* nota 25, artículo 1.
388. Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, París, junio 17 de 1994, artículo 3 (c).
389. Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, Ginebra, noviembre 18 de 1983.
390. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 3 (4) y 4 (1) (d).
391. Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, *supra* nota 113, artículo 2 (6).
392. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 261.

en futuros desarrollos del derecho y la política ambiental. Pese a ello, su realización es fundamental para el efectivo cumplimiento del desarrollo sostenible.

4) Integración de medio ambiente y desarrollo

Como un elemento esencial del desarrollo sostenible –o quizá el más importante y resultado de los tres elementos anteriores[394]– se encuentra la necesidad de integrar las consideraciones ambientales a las políticas sociales y económicas, teniendo en cuenta los requerimientos del desarrollo económico en la construcción, aplicación e interpretación de las obligaciones medioambientales[395].

Por muchos años, los aspectos y cuestiones en materia ambiental habían sido regulados y asumidos de manera independiente de las políticas de desarrollo de los Estados. De forma particular, las reuniones y conferencias de organismos medioambientales, como el PNUMA, no tuvieron un vínculo directo con los principales órganos en materia económica y comercial, como el Banco Mundial, el GATT y las organizaciones regionales de integración económica, como la Comunidad Europea, los cuales, a su vez, no contemplaban ningún mandato ni directriz de protección del medio ambiente, ni de realización del desarrollo sostenible[396]. Este proceso generó que los problemas ambientales fueran tenidos en cuenta al margen de las preocupaciones económicas internacionales y no como un todo integral, e interdependiente, para ser abordado por la comunidad internacional.

Este enfoque fue superado en las décadas de 1980 y 1990[397] y, de manera particular, constituyó uno de los asuntos de especial análisis y reconocimiento por parte de la sociedad internacional en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la cual lo incluyó de la forma más completa y exacta en la Declaración de Río de Janeiro, al disponer que "*a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada*"[398].

No obstante, esta perspectiva de integración de las cuestiones ambientales a los problemas y estrategias de desarrollo, característica fundamental del desarrollo sostenible, había sido previamente analizada en algunos escenarios de discusión mundial y consignada en otros instrumentos de derecho internacional.

393. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 88.
394. Magraw, Daniel Barstow y Hawke, Lisa D., óp. cit., *supra* nota 290, p. 620.
395. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 263.
396. *Ibid*., p. 264.
397. Al respecto, puede citarse el esfuerzo hecho por el Banco Mundial y otros bancos multilaterales quienes han buscado integrar evaluaciones medioambientales a sus políticas de préstamo. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 86.
398. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 4.

Al respecto, puede citarse la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Conservación y Utilización de los Recursos (UNCCUR), celebrada en 1949, la cual reflejó la preocupación por tomar acciones que establecieran un enfoque equilibrado entre administración y conservación de los recursos naturales[399]. Posteriormente, la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972, buscó profundizar en este aspecto al consagrar en la Declaración de Estocolmo que "*a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados debería adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población*"[400].

La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo también se ocupó del tema, estableciendo en su Informe Brundtland que "*existe un hilo conductor en la estrategia del desarrollo sostenible: la necesidad de integrar las preocupaciones económicas y ecológicas en la toma de decisiones. En la realidad esos problemas están interrelacionados*"[401].

Además de estos instrumentos no vinculantes que han integrado las consideraciones ambientales con factores económicos, algunos tratados verdaderamente obligatorios para los países signatarios también contienen disposiciones que desarrollan el concepto de integración. El Convenio de París de 1974 sobre la contaminación marina de origen terrestre estableció "*la necesidad de una política integrada de ordenación compatible con los imperativos de protección del medio ambiente*"[402]; el Tratado de Cooperación Amazónica consideró que "*para lograr un desarrollo integral de los respectivos territorios de la Amazonía es necesario mantener el equilibrio entre el crecimiento económico y la preservación del medio ambiente*"[403]; la Convención para la Prevención de la Desertificación estableció, como un requisito para el cumplimiento del objetivo de la Convención, la adopción de un "*enfoque integrado en el que se tengan en cuenta los aspectos físicos, biológicos y socioeconómicos de los procesos de desertificación y sequía*"[404]; la Convención Marco sobre el Cambio Climático consagró que las políticas y medidas para proteger el sistema climático deberían "*estar integradas en los programas nacionales de desarrollo*"[405]; y el Convenio sobre Diversidad Biológica estableció medidas generales para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, integrando estos dos factores en los planes, programas y políticas sectoriales[406].

399. Resolución 32 (IV) de 1947 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas, Preámbulo.
400. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 13.
401. Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, *supra* nota 291, Capítulo 2 "Hacia un desarrollo sostenible", Numeral 7 "Integración de las consideraciones económicas y ambientales en la toma de decisiones".
402. Convenio para la prevención de la contaminación marítima de origen terrestre, París, junio 4 de 1974, artículo 6 (2) (d).
403. Tratado de cooperación amazónica, Brasilia, julio 3 de 1978, Preámbulo.
404. Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, *supra* nota 388, artículo 4 (2) (a).

Si bien en un comienzo se impulsó el enfoque de integración desde una perspectiva ambientalista, se han producido algunas críticas al mismo –principalmente en su formulación en el Principio 4 de la Declaración de Río de Janeiro– según las cuales, éste, de manera ambigua, propone la subordinación de las políticas ambientales a los imperativos económicos[407]. Sin embargo, según Birnie y Boyle, esta apreciación significa ver la integración de manera aislada de todo el contexto de la Declaración de Río, ya que el desarrollo sostenible no busca sólo la persecución de los valores estrictamente medioambientales[408], sino el alcance de las metas de desarrollo de los países, a condición de que éstas estén de acuerdo con la protección ambiental.

b. Elementos de procedimiento

El proceso de realización del concepto de desarrollo sostenible está acompañado de la puesta en ejecución de unos elementos de procedimiento[409], los cuales han facilitado, principalmente, el cumplimiento de la materialización del desarrollo sostenible en el nivel nacional[410].Entre ellos se han incluido principalmente el derecho de participación pública en la toma de decisiones, el acceso a la información y la evaluación del impacto medioambiental.

1) Derecho de participación pública en la toma de decisiones

Este elemento consiste en el derecho que tienen todos aquellos que pueden ser afectados con las decisiones a influir en la determinación de su futuro medioambiental, incluyendo las etapas de ejercer acción, lobby, hablar en público, ser escuchados y otras formas de gobierno[411].

Como elemento esencial de la realización del desarrollo sostenible, el derecho a participar ha sido respaldado por importantes instrumentos internacionales[412]. La Declaración de Río lo consagró en algunas de sus disposiciones, entre las cuales sobresale la que estableció que "*el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda*"[413]; así mismo, en otras de sus disposiciones, la Declaración reconoció la importancia de vincular a las mujeres[414], jóvenes[415] y comunidades indígenas[416] en la participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

405. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 3 (4).
406. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 6.
407. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 87.
408. *Ibid.*, p. 87.
409. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 53.
410. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 95.
411. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 2, pp. 102-103.
412. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 13; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, *supra* nota 25, artículo 23; Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, *supra* nota 218, artículo 9; Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, Preámbulo, artículos 3 (a), 5 (d), 10 (f), 13 (c), 17 (d y f), entre otras.

Además, en 1998 fue proferida la Convención de Aarhus como el instrumento de derecho internacional más comprensivo del derecho de participación. Esta Convención estableció reglas claras y completas para la regulación de los procedimientos tendientes a lograr la participación efectiva del público en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente y durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios y de aplicación general[417]. Además, la Convención incluyó un anexo que contiene los sectores en los cuales deberá informarse a los interesados, por medio de comunicación pública o individualmente según los casos, al comienzo del proceso de toma de decisiones respecto del medio ambiente, con el fin de que sean enterados y puedan participar en la construcción de las normas y políticas de manejo de los recursos naturales.

2) Derecho de acceso a la información

La Declaración de Río también consagró, en el Principio 10, la disposición de que en el plano nacional "toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas"[418].

Este elemento también fue desarrollado por la Convención de Aarhus, la cual dispuso que los Estados parte de la Convención procurarán que las autoridades pongan a disposición del público la información sobre el medio ambiente que les soliciten, aunque no se invoque un interés particular, tan pronto como sea posible. No obstante, también dispuso que ésta podría ser denegada en caso de que las autoridades públicas no la tuvieran, o esto pudiera causar efectos desfavorables sobre derechos de terceros, la seguridad nacional, las relaciones internacionales, etc.[419].

3) Evaluación del impacto medioambiental

Este elemento consiste en el proceso por medio del cual se realiza una valoración del impacto que pueden producir algunas actividades, políticas o programas propuestos en la esfera del desarrollo, integrando cuestiones medioambientales dentro de la planeación del desarrollo. Para este fin, el proceso debería asegurar que, antes de la aprobación, las autoridades gubernamentales hayan identificado y considerado plenamente los efectos de las actividades propuestas bajo su

413. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 10.
414. *Ibid*., Principio 20.
415. *Ibid*., Principio 21.
416. *Ibid*., Principio 22.
417. Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Aarhus, Dinamarca, junio 25 de 1998.
418. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 10.
419. Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, *supra* nota 417, artículo 4.

jurisdicción y control, y que los ciudadanos afectados tengan la oportunidad de comprender el proyecto o política propuestos y expresar sus puntos de vista a quienes habrán de tomar las decisiones[420].

Este aspecto de procedimiento del desarrollo sostenible había sido advertido en la Declaración de Estocolmo la cual consagró, en el Principio 14 la planificación racional como "*elemento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio*"[421], y en el 15, la planificación de los asentamientos humanos con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio[422]. Si bien no se mencionó expresamente el concepto de "evaluación del impacto ambiental", la Declaración hizo referencia a la planificación como una "herramienta esencial" para evitar efectos ambientales adversos[423].

La primera vez que se hizo referencia al concepto de evaluación del impacto ambiental fue en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982, estableciendo que "*las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza en caso de llevarse a cabo; tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales*"[424].

Este esfuerzo continuó en la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en la cual el concepto fue aceptado, de manera general, por la mayoría de Estados, consagrando en su Declaración final que "*deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*"[425].

En la actualidad, y como producto de estos desarrollos internacionales, un gran conjunto de Estados han reconocido cada vez más estar vinculados bajo una obligación general de realizar una evaluación del impacto de sus actividades, sin tener en cuenta el lugar donde tales impactos estén localizados[426].

El concepto ha sido desarrollado, además, en un número importante de instrumentos internacionales con carácter vinculante. Entre ellos, el más destacado es,

420. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 223, p. 531.
421. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano, *supra* nota 8, Principio 14.
422. Ibid., Principio 15.
423. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 280.
424. Resolución 7/7 de octubre 28 de 1982, *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Principio 11 (c).
425. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 10, Principio 17.

quizá, el Convenio Espoo de 1991, el cual tiene como objeto obligar a las Partes signatarias a tomar "*todas las medidas adecuadas y eficaces para prevenir, reducir y combatir el impacto transfronterizo perjudicial importante que las actividades propuestas pueden tener sobre el medio ambiente*"[427].

Este Convenio regula las etapas que deberán surtirse antes de tomar una decisión que pueda tener un impacto negativo sobre el medio ambiente: notificar al país o territorio que pueda verse afectado, si una actividad propuesta puede tener consecuencias transfronterizas perjudiciales importantes; preparar los documentos sobre evaluación del impacto ambiental, los cuales deben ser distribuidos entre las autoridades y al público de la parte afectada en las zonas susceptibles; realizar consultas sobre la base de informes presentados acerca, fundamentalmente, de los efectos transfronterizos que la actividad propuesta podría tener y de las medidas adecuadas que permitirían reducir o eliminar dicho impacto; tomar la decisión definitiva, con base en la evaluación efectuada; y realizar análisis "a posteriori", el cual incluirá, de manera particular, la vigilancia de la actividad y la determinación de cualquier impacto transfronterizo perjudicial[428].

Además de este tratado, otros instrumentos han incluido disposiciones de evaluación del impacto ambiental. Al respecto, la Convención Marco sobre el Cambio Climático estableció entre sus compromisos el "*emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto*" con miras a reducir al mínimo los efectos adversos del cambio climático en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente[429]; la Convención sobre el derecho del Mar dispuso que los Estados evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control, cuando existan motivos razonables para creer que pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él[430]; el Convenio sobre la reglamentación de las actividades relacionadas con los recursos minerales de la Antártida dispuso el deber de los Estados de realizar evaluaciones sobre el posible impacto ambiental de los proyectos que existan[431]; el Convenio sobre Diversidad Biológica incluyó algunas disposiciones sobre la evaluación y reducción al mínimo del impacto adverso, con el fin de que los Estados parte establezcan, en la medida de lo posible, procedimientos apropiados que tengan en cuenta las consecuencias ambientales de los programas, se notifique de los peligros graves para la biodi-

426. Hunter, David, Salzman, James y Zaelke, Durwood, óp. cit., *supra* nota 223, p. 531.
427. Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, Espoo, Finlandia, febrero 25 de 1991, artículo 2.
428. *Ibid*., artículos 3, 4, 5, 6 y 7.
429. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 20, artículo 4 (1) (f).
430. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 27, artículo 206.

versidad dentro de su jurisdicción y se promueva el intercambio recíproco de información y consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control[432].

Las organizaciones internacionales también han impulsado el desarrollo del concepto y deber de valoración del impacto ambiental. De un lado, el PNUMA adoptó, en 1987, las "Metas y principios sobre evaluación del impacto ambiental" con el objetivo de que fueran adoptados por los Estados para su aplicación nacional, regional e internacional. El documento consta de tres metas generales y trece principios que establecen, entre otros, el deber de los Estados de no tomar decisiones sin antes tener en consideración los efectos ambientales, el deber de regular claramente los procedimientos para determinar si una actividad puede afectar significativamente el medio ambiente y el deber de notificar e intercambiar información entre los Estados[433] cuando las actividades propuestas puedan tener probables efectos transfronterizos sobre el medio ambiente de algunos de ellos.

Por otro lado, la Comunidad Europea expidió, en 1985, la Directiva sobre la Evaluación de los Efectos de Ciertos Proyectos Públicos y Privados sobre el Medio Ambiente, por medio de la cual requirió la realización de la evaluación para identificar y describir los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los seres humanos, la fauna y la flora, el suelo, agua, aire, clima y paisaje. La Directiva también requirió la provisión de información sobre los proyectos a realizarse, las medidas de mitigación para evitar, reducir o remediar los efectos adversos significativos y un esquema de las principales alternativas estudiadas y las razones que fundamentaron su elección[434].

Por último, el Banco Mundial ha contemplado una política de evaluación de proyectos propuestos para su financiación, asegurando que ellos sean ambientalmente sanos y sostenibles, y se mejore la toma de decisiones en este sentido, identificando tres fines de la evaluación ambiental: permitir a los diseñadores, organismos de implementación, Banco y prestatarios resolver problemas ambientales de una manera oportuna y efectiva; reducir la necesidad de condicionar el proyecto, ya que algunos pasos serían cumplidos o incorporados en el proyecto; y ayudar a evitar costos y retrasos en la implementación debido a problemas ambientales no anticipados[435].

431. Convención para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, Wellington junio 2 de 1988, artículo 37 (7) (d).
432. Convenio sobre Diversidad Biológica, *supra* nota 23, artículo 14.
433. Metas y Principios de Evaluación de Impacto Ambiental del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), enero 16 de 1987. El documento está disponible en http://www-penelope.drec.unilim.fr/Penelope/library/Libs/Int_nal/unep/unep.htm (consultada en octubre 8 de 2008).
434. Council of the European Communities – Directive on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, 27 June 1985.

4. Jurisprudencia internacional que desarrolla el principio de desarrollo sostenible

La Corte Internacional de Justicia sólo recientemente tuvo ocasión de pronunciarse sobre el desarrollo sostenible, haciendo del concepto una referencia de carácter general.

Con relación a ello, Sands[436] y Atapattu[437] citan los casos de los Ensayos Nucleares[438], la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado[439], y *Gabčíkovo*-Nagymaros[440] ante la Corte Internacional de Justicia como casos relacionados con el desarrollo sostenible. Sin embargo, sólo el último de ellos hace una referencia explícita al concepto de desarrollo sostenible, por lo cual merece un estudio particular.

En el fallo que dirimió este diferendo, surgido entre Hungría y Eslovaquia por la construcción de la represa *Gabčíkovo*-Nagymaros en la zona fronteriza de Hungría y Checoslovaquia, que representaba un alto riesgo ecológico para el medio de Hungría[441], la Corte Internacional de Justicia mencionó explícitamente el concepto, definiéndolo como la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente[442]. A este concepto se ha llegado por la necesidad de tener en consideración un conjunto de normas y exigencias que han aparecido en un gran número de instrumentos en el curso de las dos últimas décadas, y que están encaminadas a tener en cuenta los efectos sobre el medio ambiente; estas normas se han producido como respuesta a la intervención que el hombre ha hecho en la naturaleza por razones económicas y de otro tipo y al riesgo que representa para la humanidad, agrupando tanto las generaciones actuales como las futuras[443].

Aunque la Corte no profundizó en el estatus legal del principio, dio un paso adelante en su reconocimiento como una noción importante en el derecho internacional ambiental. La referencia a los elementos de integración y de equidad inter e intrageneracional hace de esta decisión un trascendental precedente en la confirmación de su valor como concepto actual de la regulación internacional de protección del medio ambiente.

435. Banco Mundial, Directiva Operacional 4.01 sobre Evaluación Ambiental, enero de 1999.
436. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 257 y 263.
437. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 149-150, 150 y ss. y 163-164.
438. *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253 y *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 473.
439. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, supra* nota 34.
440. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, p. 7.
441. Ver Capítulo III. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental.
442. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, p. 78, par. 140.
443. *Ibid.*

Sin embargo, en su opinión disidente, el juez Weeramantry profundizó en el análisis del desarrollo sostenible. Sostuvo que éste gozaba del estatus de principio de derecho internacional[444], sustentado en numerosas convenciones e instrumentos de *soft law* de derecho internacional, presentando una detallada evolución del concepto, demostrando ser una de las ideas más antiguas de la humanidad y atrayendo la atención, por primera vez, sobre el derecho al medio ambiente y el derecho al desarrollo.

Esta opinión ha permanecido aislada del conjunto de posiciones de la doctrina y la jurisprudencia internacional, las cuales se han inclinado por proponer que el desarrollo sostenible carece, aún, de la calidad normativa necesaria para llegar a ser parte de la costumbre internacional[445]. No obstante, esto no ha significado que el concepto de desarrollo sostenible esté desprovisto de algún efecto; por el contrario, su discusión en una decisión del más alto tribunal de la justicia internacional ha permitido visibilizar, aún más, el concepto, planteando su aplicación en un caso concreto y demostrando la vigencia que posee el concepto en el moderno desarrollo del derecho internacional ambiental.

5. Conclusión – estatus jurídico

Conforme se ha expuesto, el concepto de desarrollo sostenible ha sido objeto de una gran evolución a través de la historia. Desde la Declaración de Estocolmo en 1972, la comunidad internacional ya manifestaba, en su conjunto, un enorme interés por consagrar en un instrumento de carácter universal las principales bases del desarrollo sostenible, aunque no se adoptara expresamente el concepto. Nociones como la de equidad inter e intra-generacional y la necesidad de adoptar un enfoque integrado entre protección ambiental y la posibilidad de desarrollo de los Estados, ya hacían parte para la época de las principales preocupaciones mundiales relacionadas con el desarrollo y su impacto en la protección del medio ambiente.

Con posterioridad a ello, y como continuación de esta inquietud mundial, se produjo, en 1980, la Estrategia Mundial de Conservación, primera oportunidad en que se estableció, de forma explícita, la noción de desarrollo sostenible; el Informe Brundtland proferido por la Comisión Mundial para el Medio Ambiente

444. Opinión disidente juez Weeramantry, en *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in* Nuclear Tests (Australia v. France), *supra* nota 67, pp. 89 y ss.

445. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, p. 159.

y el Desarrollo, en el cual se complementó el concepto con sus demás elementos característicos; la Conferencia de Río de Janeiro, en la que se incluyó como uno de sus principios de forma exacta; la Conferencia de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, en que se discutió el tema como punto central; y un sinnúmero de Declaraciones de *soft law*, las cuales han representado el interés de los países por establecer compromisos que han permitido dotarlo de fuerza material, como un fin que debe guiar el comportamiento de los Estados en sus políticas de desarrollo.

Entre los elementos constitutivos del desarrollo sostenible se expusieron, de manera general, la equidad inter e intra-generacional, el enfoque integrado entre desarrollo y medio ambiente, y el uso racional y sostenible de los recursos naturales. Aunque de manera independiente, estos elementos han sido objeto de permanente evolución y consagración en instrumentos de derecho internacional de carácter vinculante y no vinculante, en los diferentes campos de regulación de la conservación ambiental –como se demostró en este capítulo–, reflejando su profundo reconocimiento como componentes fundamentales de las normas de derecho internacional ambiental.

Pese a la existencia de estas preocupaciones de la comunidad internacional por consagrar y regular separadamente los aspectos esenciales del desarrollo sostenible en las últimas décadas, aún existen dudas acerca del estatus jurídico que posee en el marco del derecho internacional ambiental; no existe acuerdo total en los sectores de la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de su estatus legal, existiendo una gran cantidad de posiciones disímiles las cuales, aunque dejan un manto de incertidumbre alrededor de su carácter, demuestran un gran interés por definirlo y esclarecer el alcance que verdaderamente tiene en el contexto de las normas internacionales.

Al respecto, Fitzmaurice ha sostenido que es imposible definir el estatus jurídico del desarrollo sostenible, proponiendo que es sólo un concepto ampliamente usado en los instrumentos de derecho ambiental de carácter nacional e internacional; además, ha dicho que el concepto es vago, dificultad que condujo a los autores a enumerar sólo sus características y elementos constitutivos[446]. En este mismo sentido, Horn ha dicho que éste permanece incierto y complejo, careciendo de estatus jurídico propio y requiriendo una clarificación posterior[447].

No obstante, para Lowe, el análisis de las conclusiones acerca del estatus del desarrollo sostenible no es fácil ni necesario; aunque se trate de un concepto de *soft law*, ha sido tenido en cuenta por cortes y tribunales al aplicar o desarrollar la ley[448]. Según esta posición, el aspecto de suma importancia es el rol que la noción juega en sociedad, convirtiéndolo en un concepto que abarca un método justo, útil y eficiente para el cumplimiento de las metas ambientales en campos particulares de protección en una sociedad diversificada[449].

Otros autores van más allá de estas consideraciones al plantear que existe realmente una amplia práctica estatal para soportar la importancia normativa de estos elementos[450], lo cual se encuentra sustentado en la gran cantidad de tratados y declaraciones que han desarrollado cada uno de los elementos constitutivos del desarrollo sostenible. Contrario a ello, Handl ha propuesto que, conforme con la práctica estatal, el desarrollo sostenible es un estándar de derecho internacional o posiblemente una norma perentoria[451]; según afirma este último, el siguiente paso de la comunidad internacional sería perfeccionar las reglas generales sobre desarrollo sostenible que aparecen como *soft law* para permitir que emerjan obligaciones específicas y adquieran una definición propia[452].

En contraste con estas posiciones, otros han planteado que el concepto de desarrollo sostenible posee actualmente el estatus de principio de derecho internacional. En este sentido se han ubicado Sands[453], Birnie y Boyle[454] y el juez Weeramantry, quien propuso esta perspectiva en el caso *Gabčíkovo*-Nagymaros: contrario a lo consignado en la decisión definitiva sobre el caso, que se inclinó por atribuirle al desarrollo sostenible el estatus de "concepto"[455], el juez Weeramantry planteó que el desarrollo sostenible es un principio de valor normativo[456], lo cual se encuentra demostrado en el apoyo considerable de parte de todos los sectores de la comunidad internacional, en todos los niveles, sea en el campo de tratados multilaterales, declaraciones internacionales, actos de fundación de organizaciones internacionales, práctica de instituciones financieras internacionales, declaraciones y documentos de planificación de carácter regional y en la práctica de los Estados[457]; además, propuso que el principio de desarrollo sostenible hace parte del derecho internacional moderno en virtud, primero, de su lógica ineluctable y, segundo, a causa de su aceptación general por la comunidad mundial[458].

446. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, pp. 58-59. Sin embargo, Fitzmaurice propuso su reforzamiento en los instrumentos existentes y un aumento en su implementación en el nivel nacional, más que crear nuevos instrumentos que lo regulen, al menos en el marco de las Naciones Unidas. Ver Ibid., p. 63.
447. Horn, Laura, óp. cit., *supra* nota 335, p. 39.
448. Vaughan, "Sustainable Development and Unsustainable Arguments" en *International Law and Sustainable Development, Past Achievements and Future Challenges*, editado por Boyle, Alan y Freestone, David, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 19-37. Incluso este autor ha propuesto que el desarrollo sostenible puede ser entendido como un grupo congruente de normas que pueden ser analizadas como un "meta-principio" que actúa sobre otras reglas y principios legales; como un concepto legal que ejerce una especie de normatividad intersticial. Ver Ibid., p. 19.
449. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 63. Esta posición también está apoyada por Schwars, para quien el desarrollo sostenible impone redefinir los parámetros legales de los objetivos ambientales y de desarrollo, haciendo énfasis en su importancia y aclarando su rol y lugar propios para satisfacer las necesidades de la humanidad y su interrelación con la naturaleza. Ver Schwarz, Priscilla, óp. cit., *supra* nota 295, p. 136.
450. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 96.
451. Handl Günther, "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law", en *Environmental Protection and International Law*, editado por Lang Winfried *et al.*, Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, London, 1991, pp. 59-99.
452. Handl Günther, *supra* nota 330, pp. 36-37.
453. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 3, p. 266.
454. Boyle y Birnie proponen que al menos la equidad y la utilización equitativa están establecidos como principios generales de derecho, sustentados en los artículos 21 y 22 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 1996. Ver Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 92.
455. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia)*, *supra* nota 35, p. 78, par. 140.

(Cont.)

Aunque en una posición minoritaria, Atapattu y Birnie y Boyle han propuesto que algunos aspectos del concepto de desarrollo sostenible gozan del estatus de costumbre internacional. Para Atapattu, puede concluirse que al menos los elementos de procedimiento, como los derechos de información, participación pública, acceso a soluciones y evaluación del impacto ambiental, forman parte del derecho internacional contemporáneo que regula la protección medioambiental y, particularmente, poseen el estatus de normas de costumbre internacional[459]; por su parte, Birnie y Boyle plantean la existencia de una obligación consuetudinaria para cooperar en la conservación y uso sostenible de los recursos de propiedad común de la alta mar, soportado en numerosos tratados y precedentes de la Corte Internacional de Justicia[460].

Como se constata, no existe acuerdo en los sectores de la doctrina internacional acerca del estatus jurídico del desarrollo sostenible. Sin embargo, su aparición como concepto completo en recientes tratados y declaraciones internacionales permite concluir que es un principio emergente de derecho internacional ambiental, esto es, una norma básica de derecho internacional de la cual numerosos elementos son regulados cada vez con mayor intensidad, dando origen a normas contenidas en tratados internacionales y adquiriendo cada vez el apoyo de los Estados para considerarla como norma vinculante, tendencia que se encuentra en proceso de desarrollo y consolidación.

456. Opinión disidente juez Weeramantry, en *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in* Nuclear Tests (Australia v. France), *supra* nota 67, pp. 88.
457. *Ibid*, pp. 89 y 90.
458. *Ibid.*, p. 95.
459. Atapattu, Sumudu Anopama, óp. cit., *supra* nota 108, pp. 138-139 y 327.
460. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 66, p. 88.

CAPÍTULO V

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR DAÑOS AMBIENTALES

Parte I. Introducción

En la ejecución de sus diversas actividades, los Estados y las corporaciones económicas han generado, y producen con frecuencia, un impacto negativo sobre el territorio de otros Estados o bienes particulares. Sea como producto de situaciones de confrontación armada, o en el curso de actividades industriales y de desarrollo, los Estados e industrias privadas han ocasionado modificaciones sustanciales al entorno en que se desarrollan, con consecuencias adversas y detrimento en la mayoría de casos a los titulares de los bienes afectados por tales hechos.

En el campo del medio ambiente, la situación es paradigmática. En todos los tiempos, las sociedades han utilizado los recursos naturales como una base importante para la búsqueda de su desarrollo, ocasionando con esto, el agotamiento natural de los mismos e, incluso, la desaparición y degradación de algunos de ellos. En numerosas ocasiones, esta utilización se ha realizado en forma desmedida, trayendo consigo la destrucción de los hábitats naturales y la generación de graves e irreparables efectos contra ellos y contra la salud y supervivencia del hombre.

Como respuesta a estos eventos, el derecho internacional público –al cual se adscribe el derecho internacional ambiental– ha contemplado un sistema de responsabilidad internacional, buscando que los sujetos que se encuentran en el origen de un daño con repercusiones internacionales aseguren el efectivo resarcimiento del mismo, lo cual, en el campo ambiental, se traduce en la devolución, a las sociedades presentes y futuras, de la posibilidad de continuar aprovechando el medio ambiente en beneficio de su propio desarrollo.

Con el fin de realizar un acercamiento integral al tema de la responsabilidad por daños ambientales, será necesario abordar, en primera medida, una introducción

a la forma en que se ha entendido el tema en el derecho internacional público, haciendo referencia explícita a los desarrollos que se han producido y, en particular, al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (*ILC Draft Articles of Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*); posteriormente, se hará una aproximación a la forma en que se ha entendido la responsabilidad por la ocurrencia de daños al medio ambiente, analizando las diversas perspectivas adoptadas, el tema concreto de la reparación y los instrumentos internacionales que han incluido algunas disposiciones tendientes a desarrollar la responsabilidad en materia ambiental; luego se mencionarán algunas discusiones planteadas y las respuestas que se han producido en el derecho internacional ambiental; finalmente, se concluirá haciendo una recapitulación de sus principales elementos y el estado en que se encuentra el tema en el derecho internacional contemporáneo.

Parte II. Responsabilidad de los Estados en el derecho internacional público general

Entre los esfuerzos por definir de manera más integral el tema de la responsabilidad internacional de los Estados, el más destacado ha sido el adelantado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas[1], iniciado en 1956, cuando buscó regular el concepto de la protección diplomática, y concretado finalmente en el 2001, con la publicación del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionales Ilegales (*Draft Articles on State Responsibility*)(CDI)[2]. La importancia de este texto radica en que, pese a no haber sido consagrado aún en ninguna norma internacional con carácter vinculante, es considerado actualmente como norma de costumbre internacional que regula la responsabilidad internacional en el derecho internacional público[3].

El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional no define en estricto sentido el concepto de responsabilidad internacional, limitándose a establecer que "*Todo acto internacional ilegal de un Estado genera la responsabilidad internacional de ese Estado*"[4]. Pese a ello, existen doctrinantes como el profesor Shaw que han planteado el concepto a partir de sus características esenciales: a) la existencia de una obligación internacional en vigor entre dos Estados particu-

1. Fitzmaurice, Malgosia A., "International Responsibility and Liability", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1010-1035, p. 1011.
2. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de abril 23 a junio 1° y de julio 2 a agosto 10 de 2001 y por la Resolución 56/83 de diciembre 12 de 2001 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
3. Ver Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction: Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 213.
4. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 1.

lares; b) la ocurrencia de un acto u omisión que vulnere dicha obligación y que sea imputable al Estado responsable; y, c) la pérdida o daño resultante del acto u omisión ilícita[5].

Esta definición encuentra plena armonía con el concepto planteado por el Proyecto de Artículos en su artículo 2, que define de manera expresa el "acto internacional ilegal". De conformidad con esta disposición, "*Existe un acto internacional ilegal de un Estado cuando la conducta consistente en una acción u omisión: a) es atribuible a un Estado bajo el derecho internacional y b) constituye un incumplimiento de una obligación internacional de un Estado"*[6]. Conforme con lo expuesto por la Comisión, es un acto "*…que no se encuentra conforme con lo requerido de él por una obligación, sin importar su origen o carácter (sic)*"[7].

Es importante precisar que pese a que la responsabilidad internacional recae sobre los Estados, las conductas u omisiones son ejecutadas por personas o entidades que actúan en representación y a nombre de los mismos, situación que hizo necesario el desarrollo del concepto de la "imputabilidad" de las conductas ilegales. Con base en esta noción, es posible asimilar –bajo determinados requisitos- las acciones u omisiones de los oficiales de los Estados a los Estados mismos, haciéndolos responsables frente a la violación de una obligación internacional[8]. De conformidad con la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos, las conductas de determinados órganos o funcionarios oficiales serán consideradas actos de los Estados cuando el órgano ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, de cualquier nivel[9], o cuando los mismos estén apoderados por la ley del Estado para ejercer la autoridad gubernamental[10].

Por otro lado, la discusión en torno a la responsabilidad internacional de los Estados ha puesto en consideración el concepto de "culpa" o "falta de diligencia" en la ocurrencia de hechos perjudiciales por parte de los Estados. En este orden de ideas, el término "culpa" es usado para referirse al aspecto subjetivo, el cual exige la intención, imprudencia o negligencia de parte de los Estados o sus agentes para derivar la responsabilidad; o al aspecto objetivo, refiriéndose simplemente al incumplimiento de una obligación internacional[11]. Según esta teoría, es necesario determinar la conducta intencional (dolo) o negligencia (culpa) de parte de la persona u organismo que actúa a nombre del Estado, para poder configurar la

5. Shaw, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 696.
6. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 2.
7. *Ibid.*, artículo 12.
8. Según Shaw, este enfoque posee actualmente el estatus de costumbre internacional. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, pp. 701-702.
9. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 4.
10. *Ibid.*, artículo 5.
11. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 183.

responsabilidad internacional del mismo[12]. Según Guruswamy y Hendricks, este enfoque fue recogido por la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos de 2001[13].

La perspectiva de la responsabilidad subjetiva, aparentemente incorporada dentro del Proyecto de Artículos, ha encontrado doctrinantes contradictores entre aquellos que abogan por la existencia de un concepto de "responsabilidad objetiva", conforme con el cual únicamente es necesario demostrar la existencia de la violación de la obligación internacional para configurar la responsabilidad de un Estado[14]. De acuerdo con esta perspectiva, basta la simple ocurrencia de un hecho nocivo para imputar responsabilidad al Estado causante, invirtiéndose la carga de la prueba a fin de que sea el Estado demandado el que demuestre que no actuó de forma negligente[15].

Este último criterio fue acogido por la Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional por Consecuencias Nocivas de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional (*ILC Drafts Articles on International Liability for Injurious Consequences of Acts Not-Prohibited by International Law*)[16], en los cuales se predica la responsabilidad por daños causados sin culpa, intentando establecer parámetros para la reparación en circunstancias en las que no hubo intención de ilegalidad o negligencia[17]. Este proyecto de artículos consagró, además, lo que se conoce en el derecho internacional como la responsabilidad *sine delicto* o responsabilidad por posibles daños resultantes del ejercicio de actividades legales[18].

El Proyecto de Artículos de 2001 de la Comisión de Derecho Internacional también estableció la posibilidad de excluir la responsabilidad de un Estado, mediante la existencia y prueba de ciertas circunstancias excepcionales por parte del causante de la actividad nociva. Entre estas circunstancias se consagró el consentimiento válido de los Estados en la comisión de un hecho[19]; la legítima defensa, conforme con la Carta de las Naciones Unidas[20]; contra-medidas respecto de actos internacionales ilegales[21]; la fuerza mayor, cuando exista un evento irresistible e imprevisible más allá del control de los Estados, haciendo materialmente imposible la ejecución de la obligación, salvo que la situación de fuerza mayor sea debida a la conducta del Estado que la invoca o la asunción, por parte de éste, del

12. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, p. 698.
13. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, *International Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1997, p. 61.
14. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1014.
15. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 183.
16. Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional por Consecuencias Nocivas de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 44º período de sesiones, julio 24 de 1992.
17. Guruswamy, Lakshman y Hendricks, Brent, óp. cit., *supra* nota 13, pp. 61-62. Una exposición más detallada de la responsabilidad objetiva y subjetiva ha sido realizada por Jabbari-Gharabagh, Mansour, "Type of State Responsibility for Environmental Matters in International Law", en *R. J. T. n. s.*, 1999, (33), pp. 59-121, pp. 66-73.
18. Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, pp. 232-244.
19. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 20.
20. *Ibid*., artículo 21.
21. *Ibid*., artículo 22.

riesgo de que tal situación ocurra[22]; una situación de peligro, cuando el autor del acto no tenga otra alternativa para salvar su vida o la de las personas confiadas a su cuidado[23]; y el estado de necesidad, cuando sea la única vía para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente y no se lesione seriamente un interés esencial de otros Estados o la comunidad internacional[24].

En cuanto a las consecuencias que genera la responsabilidad internacional de los Estados en el plano material, se ha planteado la exigencia de la realización de actos que remedien los daños causados por éste[25]. De una parte, se ha propuesto la cesación de la conducta ilegal y la garantía de que tales hechos no se repetirán[26], obligando a los Estados a tomar medidas que prevengan la ocurrencia de futuras afectaciones a los intereses o bienes de otros Estados[27]; de otra parte, el Proyecto de Artículos consagra la figura de la reparación completa por los perjuicios causados por hechos internacionales, la cual agrupa las formas de la restitución, la compensación y la satisfacción, sea de forma individual o combinada[28], por la ocurrencia del hecho.

La restitución hace referencia al objetivo de restablecer la situación que existía antes de que se cometiera el acto ilegal[29]; la compensación consiste en el pago por los daños financieramente evaluables, debiendo incluir las pérdidas de los beneficios en el grado en que sean establecidos[30]; y la satisfacción podrá consistir en el reconocimiento del incumplimiento, una expresión de arrepentimiento u otra manifestación apropiada por los daños ocasionados[31].

Pese a todas estas consideraciones sobre el tema, así como al esfuerzo de la Comisión de Derecho Internacional por esclarecerlo en sus proyectos de artículos, son numerosos los problemas y discusiones que han surgido al respecto. En esta medida, se cuestiona la existencia o no del daño material como prerrequisito para atribuir responsabilidad a un Estado[32], la "seriedad" que debe tener un daño para imputarla, y el estándar de cuidado que deben seguir los Estados para no incurrir en situaciones de responsabilidad internacional[33].

No obstante, estas discusiones no han impedido que se proponga un esquema muy general del tema que nos ocupa, sirviendo como marco para la definición, de parte de la doctrina y el derecho internacional, de los principales elementos

22. *Ibid.*, artículo 23.
23. *Ibid.*, artículo 24.
24. *Ibid.*, artículo 25.
25. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 191.
26. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 25.
27. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 191.
28. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículos 31 y 34.
29. *Ibid.*, artículo 35.
30. *Ibid.*, artículo 36.
31. *Ibid.*, artículo 37.
32. Ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 225.
33. La discusión puede encontrarse en Brunnée, Jutta, "The Responsibility of States for Environmental Harm in a Multinational Context –Problems and Trends", en *Les Cahiers de Droit*, 1993, (34), pp. 827-845, pp. 834 y ss. Algunas discusiones en torno a la restitución y la compensación por los daños causados puede encontrarse en Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, pp. 192-193.

de la responsabilidad de los Estados en el tema específico de los daños ambientales. Teniendo en cuenta los más destacados sucesos perjudiciales contra el medio ambiente (catástrofes nucleares, destrucción de hábitats, contaminación de zonas marítimas y terrestres), el derecho internacional ha buscado establecer algunas reglas que permitan extender el tema a dichas situaciones, aplicando los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional ante la ausencia de un único instrumento internacional, en materia ambiental, que lo regule en su integridad.

Parte III. Responsabilidad de los Estados en el derecho internacional ambiental

1. Reglas generales y antecedentes

Conforme con las reglas generales expuestas, la responsabilidad de los Estados por daños ambientales surge del incumplimiento de una obligación legal internacional establecida por un tratado, por una regla de costumbre internacional o, posiblemente, bajo los principios generales de derecho internacional[34]. De manera más particular, el marco de la responsabilidad por daños contra el medio ambiente se encuentra establecido en los Principios 21 y 22 de la Declaración de Estocolmo, referentes al deber de no causar daño al medio de otros Estados o zonas situadas más allá de toda jurisdicción nacional[35], y el deber de cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que concierne a la responsabilidad y a la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales[36], respectivamente, así como en el Principio 2 de la Declaración de Río que recogió los propósitos y texto del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo[37].

El tipo de responsabilidad que se desprende de estas disposiciones es aún motivo de discusión; incluso, según Fitzmaurice, esta redacción es engañosa y ambigua[38]. De un lado, podría plantearse que los Principios consagran el enfoque de responsabilidad objetiva, al no mencionar explícitamente nada respecto de elementos subjetivos de culpa o falta de diligencia en la prevención de los daños ambientales; de otro lado, se ha dicho que estas normas consagran la responsabilidad subjetiva, al sugerir que los Estados tienen el *deber* de actuar con diligencia y evitar

34. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 874.
35. Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972), Principio 21.
36. *Ibid.*, Principio 22.
37. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 2. Ver Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 870 y Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 203.
38. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 223.

la ocurrencia de daños al medio de otros Estados o zonas situadas más allá de toda jurisdicción nacional[39]. Como se constata, la discusión sobre el tema aún no se ha agotado.

Las normas generales sobre la responsabilidad ambiental tienen su origen remoto en el fallo del renombrado *Trail Smelter case*, en el cual el Tribunal de Arbitramento condenó a la Planta de fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company of Canada en Trail, British Columbia, a indemnizar a Estados Unidos por los perjuicios ocasionados en el territorio de este último como consecuencia de su actividad industrial. Esta decisión estableció el precedente para que se incluyera en el *corpus juris* del derecho internacional la prohibición de "*usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños por razón de emanaciones en el territorio o hacia el territorio de otro Estado o a la propiedad o personas que allí se encuentren*"[40].

Esta decisión, que impuso por primera vez en el derecho internacional una condena por daños ambientales producidos en el curso de una actividad legal[41], reconoció la aplicación de los principios de la responsabilidad de los Estados al campo de la contaminación transfronteriza[42], haciéndolos responsables ante sujetos particulares u otros Estados por el daño significativo que la contaminación cause a las personas o sus propiedades[43].

Algunos instrumentos de derecho internacional consagran la obligación de los Estados de prevenir la ocurrencia de daños sobre el medio ambiente como un deber de carácter general[44]. Según estas disposiciones, el derecho internacional ambiental establece la exigencia de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para evitar que, en el curso de sus actividades, se cause un perjuicio sobre el medio ambiente, lo cual se traduciría, en principio, en la adopción del criterio de la responsabilidad subjetiva.

Para Fitzmaurice, no todas las fallas en la protección del medio ambiente constituyen por sí mismas el incumplimiento de una obligación de protegerlo o un acto ilegal por parte de un Estado, debido a que la configuración de la responsabilidad internacional solo existirá cuando se pruebe que el Estado se abstuvo de tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de su obligación de debida diligencia[45].

39. Esta discusión puede verse en Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 184.
40. Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 y March 11 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982, p. 1965. Ver Capítulo III. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental, Parte IV. Fuentes auxiliares.
41. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 182.
42. Una profundización en el tema de la responsabilidad por la contaminación transfronteriza desde el precedente del *Trail Smelter case* y una crítica al trabajo del Grupo de Expertos de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo alrededor del mismo tema puede encontrarse en Gaines, Sanford E., "Taking Responsibility for Transboundary Environmental Effects", en *Hastings International & Comparative Law Review*, 1990-1991, (14), pp. 781-809.
43. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 19.
44. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte I. Principio de acción preventiva.
45. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 223.

Sin embargo, persiste aún en el derecho internacional ambiental la dificultad para definir si los Estados son responsables por culpa en la comisión de una conducta injusta, o en caso de desconocimiento de la obligación de diligencia, como ocurriría en las actividades de riesgo excepcional[46]. Según Fitzmaurice, está aceptado que no existe una obligación general de responsabilidad absoluta de los Estados en el campo ambiental, incluso en el terreno de las actividades ultra-peligrosas[47], por lo cual podría plantearse que, ante la ausencia de regulación del tema de forma expresa por alguna fuente formal del derecho internacional ambiental, no sería posible, en principio, imputar la responsabilidad absoluta a un Estado y condenarlo en el plano internacional por la ocurrencia de daños al medio ambiente.

2. Reparación

El tema de la reparación por los perjuicios ocasionados al medio ambiente merece especial atención en el campo del derecho internacional ambiental. Las reglas generales anteriormente citadas y las distintas formas que la reparación puede adoptar ante la ocurrencia de un daño (compensación, restitución y satisfacción), consagradas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, son aplicables a todos los campos del derecho internacional, incluido el derecho internacional ambiental[48].

No obstante, en el campo particular de la protección ambiental, la reparación adquiere un carácter particular. Tratándose del medio ambiente, la exigencia de restituir las cosas a su estado inicial[49] es prácticamente imposible, por cuanto muchos perjuicios causados a los recursos naturales son irreversibles, como lo sería la desaparición de especies de fauna silvestre que se encontraban en vía de extinción.

Ante la imposibilidad de la total restitución, el resarcimiento debe ser complementado con la compensación económica para así lograr la reparación integral[50]. De esta forma, es aplicable el precedente consagrado en el fallo del caso *Chorzów Factory* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, que estableció la responsabilidad del gobierno polaco por los daños ocasionados al Estado alemán por la actividad de unas industrias privadas productoras de cal nitrogenada, y el cual es uno de los hitos más importantes en el tema de la reparación. Este emblemático caso dice:

46. Jenks, C. Wilfred, *Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law*, Recueil des cours, tome 17, The Hague Academy of International Law, The Hague, 1966 p. 99.
47. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 225.
48. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1018.
49. Crawford, James, óp. cit., *supra* nota 3, p. 213.
50. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1019.

> *The essential principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals –is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law*[51].

Sin embargo, la compensación será procedente cuando el bien perdido pueda evaluarse económicamente, lo cual en muchas ocasiones es imposible de lograr con relación a los perjuicios causados al medio ambiente[52]. La pérdida de la biodiversidad, el agotamiento de la capa de ozono, el derretimiento de los polos, entre otros, difícilmente pueden ser remplazados por el pago de una indemnización compensatoria, quedando la posibilidad de establecer medidas de tipo preventivo para salvaguardar el medio ambiente de posibles amenazas y menoscabos. Además, las reglas de derecho internacional relacionadas con la reparación por perjuicios al medio ambiente permanecen aún sin desarrollo, lo cual se encuentra evidenciado en la falta de precedentes legales, incluso, en el nivel nacional[53].

Uno de los esfuerzos que, de manera alternativa, han surgido para regular este aspecto lo constituye el trabajo realizado por la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, establecida en 1991, con el objetivo de proporcionar reparación por los daños medioambientales causados por la invasión de Irak a Kuwait[54]. En dicho contexto, el Consejo de Administración de la Comisión planteó la responsabilidad internacional por los daños ambientales directos y el agotamiento de los recursos naturales, incluyendo las pérdidas o gastos resultantes de diferentes actividades dentro de las que es relevante mencionar: la disminución y prevención del daño ambiental, los gastos directamente relacionados con la obstrucción del flujo de petróleo en aguas costeras e internacionales; medidas razonables ya tomadas para limpiar y restablecer el medio ambiente o medidas futuras que puedan ser documentadas como razonablemente necesarias para limpiar y restablecer el medio ambiente; el monitoreo necesario y la evaluación de los daños al

51. Case concerning The Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits), Collection of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. – No. 17, September 13th, 1928, p. 47. "*El principio esencial contenido en la noción actual de acto ilegal –un principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de tribunales arbitrales –consiste en que la reparación debe, en tanto sea posible, suprimir todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido si el acto no hubiera sido cometido. Restitución en especie o, si esto no es posible, pago de una suma correspondiente al valor que una restitución en especie debería soportar; de ser necesario, la indemnización de los perjuicios por la pérdida sufrida que no fuera cubierta por la restitución en especie o el pago en su lugar son principios que deberían servir para determinar el monto de la compensación debida por un acto contrario al derecho internacional*".
52. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 193.
53. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 884.
54. *Ibid*., p. 890.

medio ambiente; y el monitoreo razonable para la salud pública y análisis médicos para propósitos de investigación y lucha contra los elevados riesgos a la salud resultantes de dichos daños ambientales; entre otras[55].

3. Instrumentos de derecho internacional ambiental que regulan la responsabilidad por daños ambientales

Pese a la falta de profundización en el campo de la responsabilidad internacional por los perjuicios causados al medio ambiente, algunos tratados internacionales han contemplado normas encaminadas, principalmente, a regular el incumplimiento de obligaciones surgidas en virtud de algunos tratados y compromisos internacionales más particulares[56].

Al respecto, puede citarse la Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, la cual contiene disposiciones sobre la responsabilidad por el almacenamiento de sustancias, organismos e instalaciones de desechos, y consagra la causalidad entre el hecho y el daño como elemento necesario de la misma, así como algunas causales de exoneración como elemento de reducción o supresión de la indemnización por los perjuicios causados[57].

En el marco de las actividades espaciales, la Convención sobre la Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 consagra, a su vez, la existencia de dos tipos de responsabilidad estatal internacional: aquella resultante por la caída de objetos del Estado desde el espacio y sobre la superficie de la Tierra, y la responsabilidad originada por actuaciones culposas en otros eventos[58].

En temas marítimos, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar estableció que, sin perjuicio de las normas de derecho internacional, los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones de un Estado Parte o una organización internacional con arreglo a esa Parte entrañarán responsabilidad, y que los Estados Parte u organizaciones internacionales que actúen en común serán conjunta y solidariamente responsables[59]; por otro lado, el Convenio de Barcelona para la Protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación, sin consagrar unas reglas claras sobre la responsabilidad y la indemnización por da-

55. Decisión 7, par. 35, del Consejo de Administración de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas durante su Tercera Sesión en la 18ª reunión de noviembre 28 de 1991 y revisada en la 24ª Reunión de marzo 16 de 1992, UN Doc. S/23765 (1992).
56. Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en *International Responsibility for Environmental Harm*, editado por Francioni, Francesco y Scovazzi, Tullio, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1991, pp. 15-35, p. 17.
57. Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, Suiza, junio 21 de 1993, artículos 6, 7, 8, 9, 10.
58. Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, Nueva York, marzo 29 de 1972, artículos 2 y 4 (1) (b).
59. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982, artículo 139 (2).

ños causados al medio marino del Mediterráneo, estableció que los Estados Parte se comprometerán a cooperar, tan pronto como sea posible, en la elaboración y adopción de procedimientos apropiados para la determinación de la responsabilidad y de la indemnización por daños resultantes de la contaminación marina como consecuencia de cualquier violación de las disposiciones del Convenio y sus protocolos aplicables[60].

En el campo de la contaminación atmosférica se produjo, en 1979, el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, el cual —pese a no poseer normas precisas sobre la responsabilidad internacional por daños causados a la atmósfera— prevé algunas disposiciones de carácter preventivo, como la realización de consultas, actividades de investigación y seguimiento e intercambio de información, encaminadas a reducir y limitar la polución atmosférica transfronteriza[61].

Con relación a la Antártida, el Convenio de Wellington de 1988 consagró normas sobre la responsabilidad por daños causados en acciones de extracción de recursos minerales en la zona, incluyendo la prevención, restablecimiento, compensación por tales perjuicios y algunas normas procedimentales para satisfacer la reparación[62].

La responsabilidad por la ocurrencia de daños producto de la actividad nuclear también ha recibido respaldo por parte de la comunidad internacional[63]. La Convención de París de 1960 determinó los casos en que el explotador de la instalación nuclear deberá responder; los diversos supuestos de responsabilidad, teniendo en cuenta si los combustibles nucleares, productos o desechos radiactivos que intervengan en un accidente nuclear han estado sucesivamente en varias instalaciones nucleares, así como el lugar en que se encuentren cuando se produzca el perjuicio, o cuando éste implique la responsabilidad de varios explotadores; los sujetos pasivos de la acción de indemnización por un daño causado en un accidente nuclear; los importes máximos de responsabilidad por ocurrencia de éste; los actos de exención de responsabilidad del explotador; la obligación de concertar un seguro o garantía financiera; la naturaleza, forma y extensión de la indemnización[64]. Estas disposiciones fueron recogidas por la Convención de Viena de 1963, la cual estableció un régimen de responsabilidad objetiva y montos

60. Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación, Barcelona, febrero 16 de 1976.
61. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979, artículos 2, 3, 4, 5.
62. Convención para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, Wellington junio 2 de 1988, artículo 8.
63. Un completo estudio de la responsabilidad por daños causados por la actividad nuclear puede encontrarse en Blanchard, Patrick, "Responsibility for Environmental Damage under Nuclear and Environmental Instruments: a Legal Benchmarking", en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2000, (18), pp. 233-253.
64. Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París, julio 29 de 1960, artículos 3 a 11.

exactos por concepto de indemnizaciones y la exigencia de seguros o garantías financieras para amparar los daños nucleares, entre otros aspectos[65].

Pese a la existencia de estas disposiciones normativas y de los esfuerzos por responsabilizar a los causantes de los desastres nucleares y enfrentar la polución atmosférica transfronteriza, el derecho internacional ambiental ha carecido de fuerza material para regular las consecuencias que se han desprendido de algunos desastres nucleares, como el de la Planta de Chernóbil, el 26 de abril de 1986. Por un lado, el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza de 1979 no había incluido la contaminación por elementos radioactivos; de otro lado, la Unión Soviética no era parte contratante de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 y entre los Estados que habían sufrido los efectos de la nube radioactiva sólo Yugoslavia había firmado la Convención[66]; además, ninguno de estos Estados presentó quejas contra la Unión Soviética por las graves consecuencias ambientales, lo cual aún sigue siendo motivo de preocupación para la comunidad internacional.

Como se constata, la regulación de la responsabilidad por daños ambientales es apenas general. No existen aún normas claras y concretas sobre su clasificación, su imputación en situaciones precisas, ni sobre el cálculo de los montos de indemnización debidos tras la ocurrencia de un perjuicio grave contra el medio ambiente. Este es, sin duda, uno de los grandes desafíos que afronta el Derecho Internacional Ambiental para su futuro desarrollo y evolución.

4. Algunos temas controversiales sobre la responsabilidad internacional por daños ambientales

Pese a la existencia del marco general de responsabilidad por daños ambientales, algunos conceptos importantes no han sido definidos con total claridad por el Derecho Internacional Ambiental, entre los que sobresale el denominado "daño ambiental", que permanece como uno de los problemas más desafiantes en el derecho internacional contemporáneo[67].

De un lado, surgen dudas en torno a los elementos y características que incluye la definición de daño ambiental. Sands expone algunos de los principales enfoques:

65. Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, mayo 21 de 1963, artículos 4, 5, 6, 7.
66. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 43, pp. 24-25.
67. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 228.

conforme con una visión estrecha, el perjuicio al medio ambiente está limitado al causado sobre los recursos naturales solos (aire, agua, suelo, fauna y flora y su interacción); un enfoque más amplio incluye los daños a los recursos naturales y los bienes que forman parte del patrimonio cultural; pero el criterio más extensivo de la definición incluye la comodidad ambiental y del paisaje[68].

Respecto del mismo concepto, el Grupo de Trabajo del Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente ha dicho que el daño ambiental en su acepción más genérica hace referencia a la alteración del medio ambiente, esto es, a un cambio que tiene un impacto adverso apreciable sobre la calidad de un entorno particular o alguno de sus componentes, incluyendo sus valores de uso y no-uso, y su habilidad de soportar y mantener una calidad aceptable de vida y un balance ecológico[69].

Según Boyle, aunque puede considerarse que el concepto contemporáneo de daño abarca no sólo la lesión a personas y propiedades, también contiene el valor intrínseco del medio ambiente, incluyendo sus componentes individuales y el ecosistema en su integridad[70].

Sin embargo, es común a todas las definiciones propuestas, la ausencia de consideraciones puramente ambientales para precisar la existencia de un daño ambiental[71]. El enfoque antropocéntrico que ha predominado en la evolución histórica del Derecho Internacional Ambiental, ha determinado que el disfrute del medio ambiente por parte del hombre y la consideración de que aquél debe ser conservado para lograr la protección de la vida y los pueblos, se constituyan en factores fundamentales para valorar la responsabilidad por el deterioro producido al medio ambiente.

Las diferencias en las visiones del concepto de daño al medio ambiente se evidencian, a su vez, en diferentes tratados y declaraciones que regulan el tema de la protección y la responsabilidad por la ocurrencia de perjuicios; el Convenio sobre contaminación transfronteriza de 1979 habla de "contaminación" transfronteriza[72]; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar utiliza el término "contaminación del medio marino"[73]; la Convención Marco sobre el Cambio Climático utiliza "efectos adversos"[74]; y la Convención de Luga-

68. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 876.
69. United Nations Environmental Programme, Working Group Paper, par 45 *(sic)*, citado por Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 228.
70. Boyle, Alan, "Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems", en *Environmental Damage in International and Comparative Law*, editado por Bowman, Michael y Boyle, Alan, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 17-26, p. 17.
71. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1015.
72. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, *supra* nota 61, artículo 1 (a): Con la expresión "contaminación atmosférica" se designa la introducción en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de substancias o de energía que tengan una acción nociva de tal naturaleza que ponga en peligro la salud humana, dañe los recursos biológicos y los ecosistemas, deteriore los bienes materiales y afecte o dañe los valores recreativos y otros usos legítimos del medio ambiente, y la expresión «contaminantes atmosféricos» deberá entenderse en ese mismo sentido.
73. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 59, artículo 1 (4): Por "contaminación del medio marino" se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidas la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.
74. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992, artículo 1 (1): Por "efectos adversos del cambio climático" se entiende los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humano.

no de 1993 estableció que un "daño" abarca la pérdida de una vida o una lesión personal, la pérdida o daño a una propiedad, una pérdida por alteración al medio ambiente no incluida en lo anteriormente descrito, y los costos de las medidas preventivas[75], excluyendo la responsabilidad causada por la polución en niveles tolerables bajo circunstancias locales relevantes[76].

Además de estas diferencias conceptuales, la responsabilidad por daños al medio ambiente también ha generado discusión sobre la gravedad que éstos deben tener para configurar la responsabilidad por parte de un Estado y su consecuente deber de reparar. Según Sands, no existe acuerdo sobre los estándares internacionales para establecer un umbral dentro del cual el daño ambiental genera responsabilidad y permite la proposición de peticiones ante instancias judiciales[77]. No obstante, manifiesta que la práctica estatal, las decisiones de los tribunales internacionales[78] y los publicistas de derecho internacional sugieren que el daño ambiental debe ser "significante", "substancial" o posiblemente "apreciable"[79].

Estas inquietudes referentes a la disposición de un criterio que permita establecer cuándo existe responsabilidad ambiental pueden generar, sin embargo, que la violación de estándares y la imputabilidad de la misma sea difícil de alcanzar[80]. La utilización de criterios como daño "serio", "significante" o "substancial" puede causar la elusión de las normas de responsabilidad internacional, al permitirle a los Estados y corporaciones internacionales la causación de perjuicios que, en su criterio, no representan una alteración al medio ambiente, pero que en realidad pueden traducirse en un menoscabo irreparable de un ecosistema, en detrimento de otros elementos del ambiente y de poblaciones que pueden beneficiarse de ellos.

Dicha dificultad se encuentra agudizada debido a la ausencia de certeza que aún existe en el estado de la ciencia[81]. Este factor puede permitir que perjuicios causados a los recursos naturales sean justificados por la falta de conocimientos claros y exactos sobre las consecuencias que tales conductas pueden acarrear sobre el medio. En este sentido, principios como el de precaución, emergente en el derecho internacional ambiental, deben ser dotados de fuerza material vinculante, consagrando la obligación imperativa para las partes de adoptar las medidas de protección necesarias para enfrentar las situaciones en que exista

75. Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, *supra* nota 57, artículo 2 (7).
76. *Ibid.*, artículo 8.
77. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 878.
78. Al respecto, la decisión del Trail Smelter Case estableció que la invasión amenazadora de los derechos debe ser de "seria magnitud y establecida por una evidencia clara y convincente. Ver Trail Smelter Case (United States, Canada), *supra* nota 40, p. 1964.
79. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 878.
80. Brunnée, Jutta, óp. cit., *supra* nota 33, p. 834.
81. *Ibid.*, p. 834.

ausencia de certeza científica sobre conductas lesivas contra el medio ambiente y estableciendo la responsabilidad internacional por su eventual desconocimiento.

Por otro lado, se ha discutido el tema de la titularidad para imputar la responsabilidad de un Estado por la ocurrencia de daños a las denominadas "áreas comunes" o "bienes comunes" y la existencia de obligaciones *erga omnes*. Al respecto, el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, de 2001, contiene disposiciones progresistas[82].

Los artículos 42 a 48 del Proyecto de Artículos regulan el tema de la invocación de la responsabilidad por parte de cualquier Estado afectado por la conducta de otro, facultando al Estado que se considere lesionado, sea uno o una pluralidad, para demandar la imputación de responsabilidad del que ha causado un daño injusto. Sobresale entre estas disposiciones la contenida en el artículo 48, que establece que cualquier Estado, aparte del lesionado, está autorizado para invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación incumplida existía con respecto a la comunidad internacional en su integridad[83].

En este sentido, se ha propuesto que si el medio ambiente es tenido en cuenta en la actualidad como una "preocupación común" de la comunidad mundial y los espacios del medio ambiente como "área común" que pertenece a toda la humanidad, los Estados no afectados directamente podrían iniciar acciones internacionales tendientes a buscar la declaratoria de responsabilidad de un Estado causante de un daño ambiental[84]. Esta posición, sin embargo, es bastante discutida y controversial en el derecho internacional ambiental y no existe aún ninguna conclusión ni posición definitiva al respecto, ya que la posibilidad del ejercicio de acciones *erga omnes* por daños al medio ambiente aún no ha encontrado salidas pacíficas, debiendo esperarse un pronunciamiento particular al respecto por parte de la justicia internacional.

Otro problema ha surgido en relación con la responsabilidad que pueden tener los Estados por los daños producidos por sectores privados que se encuentran bajo su jurisdicción o control. De forma general, se ha dicho que los Estados cuyo territorio se preste para la comisión de cualquier daño contra el medio am-

82. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, pp. 1020-1021.
83. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *supra* nota 2, artículo 48 (1) (b).
84. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1021.

biente son responsables, en razón de su permisividad o autorización para la realización de la actividad causante del perjuicio o la vigilancia que debe ejercer sobre la ejecución de las actividades industriales que se adelantan bajo su control[85].

Sin embargo, aún existe debilidad en las reglas sobre la responsabilidad internacional para hacer a los Estados absolutos garantes de la seguridad de las actividades que tengan lugar dentro de su jurisdicción y control[86]. De manera alternativa, se ha producido lo que se conoce a nivel internacional como la "responsabilidad ambiental corporativa", consistente en la responsabilidad internacional que pueden tener las empresas o corporaciones en la producción de daños ambientales, regulada en los Principios Valdez, propuestos por la Coalición para las Economías Ambientalmente Responsables (CERES) en 1989[87].

Finalmente, un aspecto fundamental en la discusión de la responsabilidad en el Derecho Internacional Ambiental lo constituye el vínculo causal que debe existir entre el daño ocasionado y la conducta del Estado causante. No obstante, la práctica de algunos tribunales que han resuelto casos de derecho internacional ambiental, ha aceptado la posibilidad de aplicar el criterio de la *causa próxima*, según el cual el nexo causal entre la conducta de los Estados y el daño ambiental no deben ser distantes[88].

Sin embargo, esta posición podría resultar inconveniente en algunos contextos. Tal es el caso de la posible existencia de una gran distancia entre la fuente causante de la contaminación y el sitio en el cual se manifiestan los perjuicios, creando dudas en torno al nexo causal que puede existir respecto de la verdadera fuente de polución; además, algunos efectos nocivos pueden manifestarse muchos años después, causando resultados desastrosos sobre la vida de personas y de los ecosistemas naturales —tal es el caso de las consecuencias adversas que siguen causando en la salud de las personas catástrofes como la de Chernóbil o Hiroshima y Nagasaki—. También puede referenciarse el caso de los daños que, aisladamente, no causan un perjuicio considerable sobre el medio ambiente pero que, en su conjunto, pueden producir consecuencias nocivas con efectos irremediables, siendo difícil la imputación de responsabilidad al causante de cada una de las pequeñas afectaciones causadas al medio; por último, puede suceder que los efectos negativos producidos sean diferentes por

85. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 43, pp. 21-22.
86. Boyle, Alan, "Codification of International Environmental Law and the International Law Commission: Injurious Consequences Revisited", en *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Changes*, editado por Boyle, Alan y Freestone, David, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 61-87, p. 76.
87. Zondorak, Valerie Anne, "A New Face in Corporate Environmental Responsibility: The Valdez Principles", en *Boston College Environmental Affaires Law Review*, 1990-1991, (18), pp. 457-500.
88. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 18, p. 232.

la variación importante de las circunstancias físicas, como la ausencia de viento o luz del sol, las cuales pueden modificar el impacto de la contaminación del aire o, incluso, su naturaleza, haciendo imposible la imputación de la responsabilidad[89].

Parte IV. Conclusión

De manera general, puede decirse que los desarrollos en el campo de la responsabilidad internacional general son aún prematuros. Aunque existe a nivel internacional cierta claridad acerca de los principales componentes y elementos que la constituyen —impulsada por los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas— sin embargo, permanecen limitados[90], son numerosas las deficiencias y lagunas que aún presenta y que hacen difícil la materialización de las consecuencias que debería traer consigo la comisión de un hecho perjudicial sobre el medio ambiente.

En particular, la vaguedad y defectuosa definición de las normas internacionales han generado la falta de efectividad de la responsabilidad de los Estados por daños al medio ambiente[91]. Según lo afirma Sands, con excepción de las reglas relativas a la contaminación por hidrocarburos, las normas que regulan la responsabilidad por perjuicios ambientales permanecen en una etapa temprana de su desarrollo[92], regulando, de manera muy general, la carga que debe soportar quien comete una conducta dañina al medio ambiente, pero sin desarrollar las formas efectivas de castigar a los responsables.

Según Birnie y Boyle, estas deficiencias en el régimen de responsabilidad de los Estados están, además, acompañadas de otros problemas tales como la limitación de que sólo los Estados pueden entablar peticiones a nivel internacional por perjuicios ambientales; el problema para proponer demandas por daños a los llamados "espacios comunes"; la escasa obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales internacionales; la ineficiencia en los medios para distribuir los costos de la contaminación transfronteriza; y el hecho de constituirse como un modelo inadecuado para el refuerzo de los estándares internacionales de protección ambiental, impidiendo el desarrollo de un sistema propio de regulación del tema[93].

89. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 43, pp. 20-21.
90. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 939.
91. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1034.
92. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 938.
93. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, pp. 199-200.

Asimismo, de acuerdo a como ha venido evolucionando la construcción del *corpus juris* concerniente a la responsabilidad internacional medioambiental, es interesante resaltar que su desarrollo ha sido esencialmente reactivo. En otras palabras, las normas adoptadas para regular la responsabilidad internacional ambiental han sido el resultado de hechos desastrosos que han generado un impacto de gran escala en el escenario internacional, lo cual no afecta la existencia de posiciones que abogan por una perspectiva preventiva, esto es, la toma de medidas legales con antelación a la ocurrencia de catástrofes que pueden afectar de manera irreversible el medio ambiente[94].

Sin embargo, según Sands, los Estados son aún reticentes a adoptar reglas que les impongan restricciones sobre la conducta de actividades potencialmente peligrosas o costosas en el sector público[95]. Por el contrario, Kiss y Shelton aducen que, pese a que la responsabilidad objetiva sigue siendo un tema controversial, los Estados parecen haberla aceptado para su propia conducta pero no para la de los actores privados[96].

Esta tendencia ha estado acompañada de la intención del derecho internacional general de no requerir que los Estados se abstengan de cumplir con sus actividades tecnológicas o industriales que puedan causar un daño ambiental, siempre que éstas sean consideradas legales; por el contrario, sólo se requiere que los Estados tomen las medidas necesarias para asegurar que dichas actividades no creen un daño ambiental significativo, dando un alcance importante a la regla de debida diligencia[97].

En la búsqueda de subsanar este defecto, se han adoptado varios mecanismos alternativos o perspectivas que arrojarían mayores luces y claridad sobre las estrategias que deberían adoptarse y los aspectos a tenerse en cuenta por los Estados y la comunidad internacional. De un lado, los denominados Principios Valdez, arriba citados, han buscado desarrollar la "responsabilidad corporativa", con el fin de hacer responsables a los entes privados de carácter nacional e internacional, como empresas y corporaciones, por la comisión de daños y perjuicios al medio ambiente.

Por otro lado, y de la mano de lo anterior, se ha buscado estrechar la relación entre la responsabilidad civil y la de los Estados[98]. El Principio 13 de la Declaración de Río significó un avance importante en la realización de este objetivo, al consa-

94. Zondorak, Valerie Anne, óp. cit., *supra* nota 87, p. 500 y Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1034.
95. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, p. 938.
96. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 43, p. 29.
97. Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, óp. cit., *supra* nota 56, p. 35.
98. Brunnée, Jutta, óp. cit., *supra* nota 33, p. 844 y Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 34, pp. 938-939.

grar que "*los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales*"[99]. Además, mecanismos como la implementación del principio de "contaminador-pagador" y el otorgamiento de incentivos económicos por el cumplimiento de estándares ambientales, previniendo la ocurrencia de un daño ambiental[100], han servido como refuerzo a las reglas de responsabilidad de los Estados y como garantía de la misma ante la ausencia de normas más precisas en la materia.

Este proceso debe, igualmente, ir de la mano de dos factores fundamentales: una codificación comprehensiva de estándares ambientales y el refuerzo de las instituciones de supervisión internacional[101]. El derecho internacional ambiental debe crear sus propios patrones de cuidado y responsabilidad, y definir claramente las categorías de "daño", "contaminación", "amenaza", etc., determinando, con exactitud, cuándo un sujeto particular o un Estado estará incurso en responsabilidad civil o internacional. Además, ante las debilidades que aún presenta la justicia internacional en la solución de los casos que le son sometidos, la creación de instituciones internacionales o el refuerzo de las existentes surgen como alternativas para la supervisión del cumplimiento de los modelos acordados y la determinación, ante la comunidad internacional, de la responsabilidad en que puede incurrir un Estado o un particular por la comisión de una conducta lesiva al medio ambiente.

En conclusión, conforme con una visión progresista, podría plantearse que la comunidad internacional y los Estados no deben esperar resolver los complejos problemas medioambientales por la vía de un régimen de responsabilidad esencialmente reactivo[102]. Por el contrario, siendo consciente de las limitaciones que éste puede tener en la práctica, la comunidad internacional debe adoptar una "nueva vía"[103], basada en una perspectiva proactiva, que impulse la prevención de los daños al medio ambiente y la búsqueda y castigo de los autores de los mismos una vez hayan ocurrido, estableciendo reglas precisas con anterioridad a estos eventos en todas las materias específicas de la protección ambiental.

99. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 37, Principio 13.
100. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1034.
101. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 11, p. 200.
102. Brunnée, Jutta, óp. cit., *supra* nota 33, p. 845.
103. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 1, p. 1035.

CAPÍTULO VI

COMERCIO INTERNACIONAL Y MEDIO AMBIENTE

Parte I. Introducción

En el proceso de creación de las normas y políticas para la conservación de los recursos naturales, algunas disposiciones de derecho internacional y nacional han encontrado puntos que suscitan un constante debate. Materias como la protección de los derechos humanos, las situaciones de conflicto armado y el intercambio comercial entre todos los pueblos del mundo permanecen como los principales campos de interlocución y discusión con las reglas del derecho internacional ambiental.

Este último aspecto es, sin duda, el que mayor atención ha generado en las discusiones legales de la comunidad internacional, materializado en las diferencias acaecidas entre las políticas de libre comercio, encaminadas al logro de la eficiencia en la distribución de los recursos naturales y la administración y mantenimiento eficiente de los mismos, los conflictos entre ambas esferas han surgido y continúan emergiendo con regularidad[1], generando, en ocasiones, una inclinación de la balanza hacia los mecanismos de protección ambiental y, en otras, hacia la defensa de las relaciones económicas que unen los países en un solo mercado común.

Con el fin de estudiar esta interrelación entre comercio y medio ambiente, será necesario ahondar, de manera preliminar, en el planteamiento del problema, profundizando en la forma en que el tema ha sido entendido por la doctrina y algunas disposiciones de carácter universal; luego, se indagará sobre el sistema de comercio internacional existente, precisando las características y elementos de las principales instituciones encargadas de regular los aspectos comerciales a nivel internacional y regional –como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), la Comunidad Andina de Naciones, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), el Proyecto Mesoamérica, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Europea y la Comunidad Económica Africana, entre otros–, y resaltando las

1. Housman, Robert y Zaelke, Durwood, "Trade, Environment and Sustainable Development: A Primer", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1991-1992, (15), pp. 535-612, p. 535.

herramientas más importantes con que cuentan en la esfera medioambiental; posteriormente se hará una breve exposición enunciativa de las restricciones al comercio internacional consagradas en algunos tratados multilaterales en materia ambiental; y, finalmente, se concluirá el tema, recapitulando los aspectos más destacados en el actual desarrollo del derecho internacional ambiental.

Parte II. Planteamiento del problema

Como se mencionó anteriormente, la relación entre las normas de libre comercio y las disposiciones de protección ambiental no ha sido pacífica. Por el contrario, son numerosos y recurrentes los puntos de desacuerdo surgidos entre estos campos, teniendo en cuenta las diferentes motivaciones que los impulsan, y el conjunto de reglas y sistemas jurídicos independientes y opuestos que actualmente existen, contando por ahora con tímidos desarrollos en la búsqueda por reconciliar los principios fundamentales.

De esta forma, el debate ha estado caracterizado por la contradicción entre dos posiciones particulares: las tendientes a salvaguardar la libre empresa y los intereses comerciales, y las que buscan atraer la atención sobre la protección ambiental y la conservación de los recursos naturales agotables. En este sentido, muchos expertos en comercio, basados en principios económicos como la eficiencia y las ventajas comparativas, aún consideran que el medio ambiente no es parte integrante de la economía sino un lujo que sólo podrá ser considerado en otro escenario, cuando existan las condiciones para ello[2]; de acuerdo con este enfoque, los Estados han entrado en una compleja red de relaciones económicas las cuales, con el fin de satisfacer las necesidades de todos los habitantes del planeta, deben permitir el libre aprovechamiento y la libre explotación de todos los recursos naturales, sin restricciones ni barreras que vulneren la libre empresa y el comercio.

Por otro lado, las posiciones ambientalistas, basadas en las ciencias biológicas y principios ecológicos, consideran el libre comercio un enemigo[3], el factor fundamental en la destrucción y desaparición indiscriminada de la mayor parte de recursos naturales. De acuerdo con esta postura, existen críticas válidas al modelo de libre comercio internacional, proponiendo que las reglas del sistema comercial

2. *Ibid.*, p. 535.
3. *Ibid.*, p. 535.

multilateral tienen consecuencias negativas: pueden generar algunas dificultades en la implementación de los tratados multilaterales medioambientales que contemplan restricciones comerciales para proteger el medio ambiente, como sucede con la CITES y la Convención de Basilea de 1989; igualmente, frustran los intentos de proteger los recursos y el medio ambiente en áreas que se encuentran más allá de la jurisdicción nacional, como las disputas relacionadas con los recursos pesqueros y los océanos; además, previenen a las naciones en la adopción de medidas para la protección de su medio ambiente doméstico, como los estándares ambientales para productos y servicios; y, finalmente, obstruyen los esfuerzos para obligar a otros países a adoptar patrones ambientales altos, o para conservar los recursos naturales[4].

Pese a las grandes diferencias que saltan a la vista entre estos dos enfoques, no son absolutamente contradictorios. Por el contrario, dado que ambos campos –libre comercio y protección ambiental– son necesarios e imprescindibles para la supervivencia de los pueblos, el derecho internacional ha intentado conciliarlos y volverlos elementos complementarios en la búsqueda del desarrollo de las sociedades.

A nivel internacional, esta interrelación encontró su realización en la definición del *desarrollo sostenible*, entendido como un concepto que pretende integrar consideraciones de tipo ambiental dentro de aspectos económicos y de desarrollo[5] y, concretamente, como intento de reconciliar eficiencia y crecimiento económico, protección ambiental y justicia en una sola idea[6]. El Desarrollo Sostenible ha aparecido como un elemento que armoniza, de un lado, los objetivos comerciales y de desarrollo de cualquier comunidad y Estado y, por el otro, los fines de preservación del medio ambiente y los recursos naturales en beneficio de las generaciones del presente y futuro[7].

Este principio encontró su punto más alto en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en cuya Declaración se consagraron algunas disposiciones concernientes al estrecho vínculo existente entre medio ambiente y comercio. En particular el Principio 4, establece que "*a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada*"[8], y vinculó las estrategias de conservación del medio ambiente en las políticas económicas y de desarrollo de los Estados, ha-

4. Schoenbaum, Thomas J., "International Trade and Environmental Protection", en Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, pp. 697-750, pp. 697-698.
5. Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 47.
6. Adams, Todd B., "Is There a Legal Future for Sustainable Development in Global Warming? Justice, Economics, and Protecting the Environment", en *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2003-2004, (16), pp. 77-126, p. 78.
7. Al respecto, el Informe Brundtland (*Brundtland Report*) de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo que definió el desarrollo sostenible como "*un desarrollo que responde a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de responder a las suyas*". Ver Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 42/427 de agosto 4 de 1987, Capítulo 2 "Towards Sustainable Development", Introducción.
8. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 4.

ciéndolas parte integrante del intercambio comercial y el entramado de relaciones comerciales internacionales.

Aunque estas disposiciones posean el carácter de normas internacionales de *soft law* y, por consiguiente, carezcan de fuerza vinculante efectiva, han sido pasos importantes en la búsqueda de la conciliación de estas dos vertientes del derecho internacional –comercial y ambiental—; la perspectiva de oposición y no conciliación entre ambas ramas ha comenzado a ser remplazada por una visión integral y holística de sus finalidades y objetivos.

Parte III. Sistema de comercio internacional y medidas ambientales

1. Organización Mundial de Comercio (OMC-WTO)

La actual organización internacional de los comerciantes tiene su origen en la suscripción del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tarifs and Trade –GATT*) en 1947[9]. Posteriormente, entre 1986 y 1994, se celebró la Ronda de Uruguay, con una amplia participación de los Estados, con el fin de discutir temas comerciales y finalizando con la creación de la actual Organización Mundial del Comercio el 1° de enero de 1995, a la cual le fueron asignadas las siguientes funciones: administrar los acuerdos comerciales de la OMC; ser un foro para negociaciones comerciales; tratar de resolver las diferencias comerciales; supervisar las políticas comerciales nacionales; proporcionar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo; y cooperar con otras organizaciones internacionales[10].

Este sistema comercial se encuentra basado en dos principios fundamentales: el de la nación más favorecida y el trato nacional[11]. El primero de ellos se encuentra consagrado en el Artículo I del GATT, según el cual:

> *con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase de impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas (…) cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país*

9. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 946.
10. Ver página web oficial de la OMC http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm (consultada en octubre 8 de 2008).
11. Ver Schoenbaum, Thomas J., óp. cit., *supra* nota 4, p. 699.

o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado"[12];

Y, conforme con el segundo: "*los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra (…) no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional*"[13].

Estas normas destinadas a proteger el libre comercio entre los países miembros del GATT son, a su vez, objeto de excepciones por el mismo Acuerdo. Al respecto, el Artículo XX establece que ninguna disposición del Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas "*necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales*"[14] y las "*relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales*"[15].

Estas disposiciones son las únicas referencias que el GATT consagra con respecto al medio ambiente y su relación con el comercio. Esto se debía, en parte, a que "*el GATT generalmente considera las medidas ambientales como indeseables medidas de restricción al comercio*"[16]. Así, de forma general, el GATT no contiene ninguna referencia a la protección ambiental[17], ni un marco simple para la resolución de conflictos entre el libre comercio y la protección ambiental[18].

Pese a ello, en la reunión celebrada en Marrakech en abril 14 de 1994, en la cual se firmó el Acta Final que abarcaba los Resultados de la Ronda de Negociaciones Multilaterales de Comercio de Uruguay, las Partes contratantes del GATT adoptaron la Decisión Ministerial que formalmente estableció un nuevo Comité sobre Comercio y Medio Ambiente el cual perseguía, entre otros objetivos, mejorar la interacción entre comercio y medio ambiente; la relación entre políticas ambientales y el sistema multilateral de comercio; así como la relación de solución de disputas generadas entre contenidos de tratados medioambientales[19] entre otras[20].

Sin embargo, los intereses y actuaciones de los Estados han generado que el Comité haya logrado poco progreso[21]; no existen decisiones concretas del mismo acerca de la forma de conciliar las preocupaciones comerciales y ambientales[22],

12. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), artículo I, disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm (consultada en octubre 30 de 2008).
13. *Ibid*., artículo III.
14. *Ibid*., artículo XX (b).
15. *Ibid*., artículo XX (g). Para Boyle, de considerar insuficientes o equivocados los argumentos en pro de la prioridad de los tratados ambientales, esta excepción sería una posible forma de integrar las normas de derecho comercial internacional y el derecho ambiental o de reconciliar conflictos potenciales entre ambas, pese a que no mencione expresamente el término "medio ambiente". Ver Boyle, Alan, "Relationship between International Environmental Law and other Branches of International Law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 125-146, p. 138.
16. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 242.
17. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 948.
18. Schoenbaum, Thomas J., óp. cit., *supra* nota 4, p. 702.
19. Algunas discusiones en torno a los artículos XX (b) y XX (g) y alrededor del Comité sobre Comercio y Medio Ambiente son mencionadas por Rich. Respecto de los primeros, menciona que son muy limitados y que deberían proporcionar una excepción explícita para obligaciones contenidas en tratados multilaterales en materia ambiental; respecto del Comité, menciona la crítica al debate entre Norte y Sur, el cual se origina en las divisiones políticas entre los países desarrollados, inclinados a proponer políticas medioambientales, y los países en vías de desarrollo, que ven tales políticas como una forma velada de discriminación contra sus productos y perpetuación de ventajas comerciales injustas. Ver Rich, Andy J., "International Trade and the Environment: A Seething Antagonism", en *Currents: International Trade Law Journal*, 2003, (12), pp. 17-23.
20. Decisión Ministerial de abril 14 de 1994, 33 ILM 1267 (1994) del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Ver Schoenbaum, Thomas J., "International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation", en *The American Journal of International Law*, 1997, (91), pp. 268-313, p. 269.
21. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, pp. 951-952.
22. Schoenbaum, Thomas J., óp. cit., *supra* nota 4, p. 703.

y cuenta con mínimos resultados sustanciales para el desarrollo de la protección ambiental[23], lo que ha permitido que la mayor cantidad de avances en esta materia hayan sido producidos por los órganos de solución de diferencias y el órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio[24].

2. Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA)

En el marco del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte[25], Estados Unidos, Canadá y México acordaron la creación del Acuerdo Norteamericano para la Cooperación Ambiental (NAAEC) en septiembre de 1993, con el fin de soportar las metas ambientales que consagraba el NAFTA[26], teniendo como punto central las consideraciones ambientales y las implicaciones que pudieran tener en el comercio de los tres países[27].

Entre los objetivos que persigue el NAAEC se encuentran la búsqueda del desarrollo sostenible, la cooperación para la protección y la conservación ambiental, el refuerzo de las necesidades relacionadas con el medio ambiente, la participación pública en el desarrollo de las normas ambientales y la promoción de políticas y prácticas de prevención de la contaminación, evitando crear distorsiones y nuevas barreras al comercio[28].

Por otro lado, el Acuerdo consagra básicamente dos tipos de obligaciones para las partes: la primera, relacionada con la legislación nacional ambiental, asegurando que las leyes y regulaciones de los países miembros del NAFTA proporcionen altos niveles de protección ambiental y exista acción gubernamental y disponibilidad de procedimientos judiciales y administrativos para castigar o remediar violaciones[29]; y la segunda, referente a la cooperación internacional con el compromiso de tener en cuenta a las otras Partes para la toma de decisiones referentes a la protección e intervención sobre el medio ambiente[30].

El Acuerdo también creó la Comisión para la Cooperación Ambiental, conformado por un Consejo, una Secretaría y un Comité Adjunto Público de Opiniones. El primero es considerado el órgano de gobierno[31] y, aunque posee poderes limitados al proferir recomendaciones desprovistas de carácter vinculante, juega un importante papel en el refuerzo de los procesos[32]; la Secretaría es el órgano

23. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 16, p. 250.
24. Un completo estudio de las principales decisiones proferidas por los órganos de Solución de Diferencias y de Apelación de la Organización Mundial de Comercio puede encontrarse en Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, pp. 952-985.
25. Un panorama completo del NAFTA, su vinculación con políticas medioambientales, participación en los procesos de toma de decisiones, y mecanismos procesales y de evaluación es presentado por Housman, Robert, "The North American Free Trade Agreement's Lessons for Reconciling Trade and the Environment", en *Stanford Journal of International Law*, 1994, (30), pp. 379-422.
26. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 1005.
27. Saunders, J. Owen, "NAFTA and the North American Agreement on Environmental Cooperation: A New Model for International Collaboration on Trade and the Environment", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1994, (5), pp. 273-304, p. 284.
28. North American Agreement on Environmental Cooperation Between The Government of the United States of America, The Government of Canada, and The Government of the United Mexican States, September 13 1993, 32 ILM 1480.
29. *Ibid*., artículos 3 y 5 (1) y (2).
30. *Ibid*., artículo 20.
31. *Ibid*., artículo 10.
32. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 1006.

ejecutivo del Comité, al cual pueden ser sometidas las quejas de cualquier Parte acerca de las fallas presentes en el refuerzo de sus leyes ambientales y dar respuesta a la Parte afectada con tales conductas[33]; y el Comité es el órgano encargado de asesorar al Consejo acerca de las materias contenidas en el Acuerdo y de proporcionar información a la Secretaría[34].

Esta organización, pese al carácter puramente consultivo que posee en materia de tipo medioambiental, representa un progreso importante en la intención de dotar de fuerza efectiva los objetivos ambientales en el marco de un acuerdo de libre comercio[35]. Según Saunders, se pueden mencionar tres características promisorias de la Comisión: el rol que ha jugado la Secretaría en la expedición de reportes sobre temas en los que puede actuar la Comisión, el procedimiento que posee para la participación de organizaciones no gubernamentales y el hecho de que podría convertirse en un importante organismo activista promotor de vínculos entre las organizaciones no gubernamentales[36].

3. Comunidad Andina de Naciones

En su esquema estratégico, la Comunidad Andina de Naciones contempla una "Agenda Ambiental Andina", consistente en un conjunto de acciones de carácter sub-regional con el fin de fortalecer la capacidad de los Países Miembros en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, así como apoyar y guiar las acciones del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el denominado Comité Andino de Autoridades Ambientales, órganos regionales encargados de regular los temas de carácter ambiental.

La Agenda presenta tres ejes temáticos alrededor de los cuales gira su actuación: por un lado, el Cambio Climático, cuyo manejo se concreta en la formulación y estructuración de la Estrategia Andina sobre Cambio Climático y su correspondiente Plan de Acción, con el objeto de que sirvan de fundamento para la coordinación sub-regional entre los temas prioritarios de los países y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto; por otro lado, el tema de la Biodiversidad, que se concreta en la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, la cual constituye una de las primeras estrategias de carácter comunitario adoptada sobre esta materia por un grupo de países

33. North American Agreement on Environmental Cooperation Between The Government of the United States of America, The Government of Canada, and The Government of the United Mexican States, *supra* nota 28, artículo 14.
34. *Ibid.*, artículo 16.
35. Pese a que el NAFTA ha sido un ejemplo de la forma de combinar crecimiento económico y protección ambiental, según Bailey, aún posee algunas contradicciones y vacíos respecto a la protección del medio ambiente desde una perspectiva de acuerdo de libre comercio; pese a ello, considera que es posible proponer algunas soluciones efectivas, encaminadas a ajustar el acuerdo más que a reestructurarlo integralmente. Ver Bailey, James E., "Free Trade and the Environment –Can NAFTA Reconcile the Irreconcilable?", en *American University Journal of International Law and Policy*, 1992-1993, (8), pp. 839-880, pp. 877 y ss.
36. Saunders, J. Owen, óp. cit., *supra* nota 27, p. 297.

signatarios del Convenio sobre Diversidad Biológica y una contribución específica para alcanzar los objetivos de dicho Convenio, además de ser una base fundamental para la sostenibilidad de la Cuenca Amazónica en su conjunto, de gran interés para la comunidad internacional; finalmente, el manejo de los Recursos Hídricos, para lo cual se ha propuesto una gestión integrada de los mismos en la sub-región, permitiendo un mayor acceso de la población a los servicios de agua y saneamiento[37].

4. Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

La Unión de Naciones Suramericanas, nuevo nombre de la Comunidad Sudamericana de Naciones que había sido creada con las Declaraciones de Cuzco de diciembre 8 de 2004 y Ayacucho de diciembre 9 de 2004, contempla igualmente algunas disposiciones importantes de protección del medio ambiente.

Por un lado, como objetivo central de la organización, el Tratado Constitutivo establece la construcción de un espacio de integración entre sus pueblos en diferentes sectores, entre los cuales se destacan el cultural, social, económico y político, haciendo énfasis en que otorgará prioridad a algunos aspectos, entre ellos el *medio ambiente*[38]. La importancia concedida al factor ambiental está reflejada en la inclusión de su protección como un objetivo específico de la organización, en particular en los campos relacionados con la "integración energética" -con el fin de lograr el "*aprovechamiento integral, sostenible y solidario de los recursos de la región*"[39]- y el concerniente a la "*protección de la biodiversidad, los recursos hídricos y los ecosistemas, así como la cooperación en la prevención de las catástrofes y en la lucha contra las causas y los efectos del cambio climático*"[40].

Estas disposiciones del Tratado Constitutivo de la organización consagraron los objetivos de los Presidentes de la Comunidad Sudamericana de Naciones quienes, en la reunión de Brasilia celebrada en septiembre 30 de 2005, establecieron las "áreas de acción prioritaria", entre las cuales incluyeron el medio ambiente[41].

5. Proyecto Mesoamérica

El Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica, que corresponde al antes conocido Plan Puebla Panamá, es un mecanismo que articula esfuerzos

37. Al respecto, puede consultarse la página web oficial de la Comunidad Andina de Naciones http://www.comunidadandina.org/agenda_ambiental.htm (consultada en diciembre 19 de 2008).
38. Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, Brasilia, mayo 23 de 2008, artículo 2.
39. *Ibid.*, artículo 3 (d).
40. *Ibid.*, artículo 3 (g).
41. Véanse al respecto las páginas web http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm y http://www.uniondenacionessuramericanas.com/ (consultadas en diciembre 19 de 2008).

de cooperación, desarrollo e integración de nueve países de la región, entre los cuales se encuentra Colombia desde julio de 2006. Surgido en el marco del Mecanismo de Diálogo y Concertación de Tuxtla en junio de 2001, tiene como principal objetivo contribuir a mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región mesoamericana y brindarles mejores oportunidades de progreso. Para ello, ha previsto el manejo de ciertos temas o proyectos tales como la facilitación comercial, la energía, las telecomunicaciones, el transporte y el desarrollo sostenible, entre otros.

Con relación al aspecto de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente, al término de la Reunión de Ministros de Ambiente de Mesoamérica celebrada en Julio de 2007 en Ciudad de México, se suscribió la Declaración Mesoamericana sobre la Sustentabilidad[42], la cual resaltó la importancia de potenciar la cooperación regional para impulsar el desarrollo sostenible y la protección de los recursos naturales y los ecosistemas. En esta cumbre se acordó reforzar la cooperación en tres áreas prioritarias para la región: biodiversidad y bosques, cambio climático y competitividad sostenible.

Además, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México y la Coordinación General del Plan Puebla Panamá, junto con la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), impulsaron la formulación de la Estrategia de Sustentabilidad Ambiental contando con el apoyo de la CEPAL, instituciones regionales y algunos expertos. Esta estrategia, conocida como la EMSA, fue validada en la reunión de Ministros de Medio Ambiente celebrada en junio 10 de 2008 en la ciudad de Campeche, México, mediante la suscripción de la "Declaración de Campeche sobre la Estrategia Mesoamericana de Sustentabilidad Ambiental" (EMSA)[43].

6. Mercado Común del Sur (MERCOSUR)

Este proyecto comercial, cuyo objetivo inicial fue el establecimiento de la integración económica entre sus Estados Parte, fue instituido originalmente en marzo 26 de 1991 con el Tratado de Asunción suscrito por parte de la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Los objetivos centrales de este tratado con-

42. Declaración Mesoamericana sobre la Sustentabilidad, Ciudad de México, julio de 2007.
43. Puede consultarse la página web oficial del proyecto http://portal2.sre.gob.mx/mesoamerica/ (consultada en diciembre 19 de 2008).

sisten en establecer un mercado común de los cuatro Estados Parte, a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos; establecer un arancel externo común y la adopción de una política comercial común; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes, con el fin de lograr el fortalecimiento del proceso de integración[44].

Al efecto, es relevante destacar que el Tratado de Asunción enfatiza que el objetivo de la integración económica debe ser alcanzado, entre otras cosas, "*mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente (…)*"[45]. Con base en esta disposición, el Grupo de Mercado Común instituyó dentro del Mercosur el Subgrupo de Trabajo Nº 6 sobre Medio Ambiente, que sostiene los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio definidos en el Tratado de Asunción, los principios emanados de la "Declaración de Canela" y de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, así como la necesidad de promover el desarrollo sustentable. Además, se creó una Comisión de Medio Ambiente en el Subgrupo de Trabajo No. 7 "Política Industrial y Tecnológica", Comisión que elaboró la matriz comparativa de las legislaciones, el Proyecto de Asistencia Técnica para Medio Ambiente y, por medio de la Recomendación Nº 20/93, instó al CCT a la aprobación de un Proyecto de Cooperación para Medio Ambiente.

Teniendo en cuenta la necesidad de analizar las legislaciones relativas a la protección, vigentes en los Estados Partes, y considerando que el tema estaba siendo tratado por varios subgrupos de trabajo, el Grupo de Mercado Común dictó la Resolución Nº 22/92 por medio de la cual resolvió crear una Reunión Especializada de Medio Ambiente (REMA), con el objetivo de analizar las normas vigentes y proponer recomendaciones al Grupo Mercado Común sobre las acciones que considere necesarias para el logro de los objetivos de preservación ambiental en las diferentes áreas de trabajo. Los Subgrupos de Trabajo que traten temas vinculados con el Medio Ambiente participarán por intermedio de los representantes que se designen en la Reunión, a efectos de armonizar las tareas y posiciones en la materia[46].

44. Ver página web oficial del Mercosur http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm (consultada en diciembre 19 de 2008).
45. Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la Republica Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Asunción, marzo 26 de 1991, Preámbulo.
46. Mercado Común del Sur –Mercosur –Grupo de Mercado Común, resolución No., 22/92, MERCOSUR/GMC/RES No. 22/92.

7. Comunidad Europea

El tratado constitutivo de la Comunidad Europea consagró normas similares a las acordadas en el tratado del GATT. Al respecto, este instrumento prohibió cualquier medida que estableciera restricciones cuantitativas a la importación y exportación entre los Estados miembros[47] y estableció que tales disposiciones no serán obstáculo para las prohibiciones que puedan establecerse al comercio y que estén justificadas, entre otras razones, para la protección de la "*salud y vida de las personas y animales*" y la "*preservación de los vegetales*"[48].

Entre las excepciones, el tratado no contenía ninguna disposición de protección ambiental. No obstante, en 1986 se propuso una referente a la capacidad de la Comisión para aproximar las legislaciones en materia de medio ambiente[49], la cual se concretó en la inclusión de un título completo dedicado al medio ambiente[50], contemplando objetivos[51] y facultades del Consejo de la Comunidad para adoptar disposiciones en la materia[52], así como la posibilidad de los Estados miembros de adoptar medidas de mayor protección ambiental[53].

En 1997, el Tratado de Ámsterdam incluyó una reforma al original Tratado de la Comunidad Europea, estableciendo una disposición según la cual "*las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, (…) en particular con el objeto de fomentar un desarrollo sostenible*"[54].

No obstante, pese al avance que representan estas reformas al Tratado de la Comunidad Europea, éste aún permanece en silencio acerca de la permisividad de que las medidas nacionales ambientales restrinjan o limiten el comercio, siempre que la Comunidad no haya regulado aspectos relacionados con el medio ambiente[55]. Tal limitación sería una evidencia de la primacía que continúa teniendo la protección del libre comercio con relación a la conservación del medio ambiente.

8. Comunidad Económica Africana

El Tratado de Abuja, por medio del cual se constituyó la Comunidad Económica Africana[56], estableció diversas medidas para regular el comercio entre los países

47. Tratado de la Comunidad Europea, Roma, marzo 25 de 1957, artículos 28 y 29.
48. *Ibid*., artículo 30.
49. *Ibid*., artículo 986.
50. *Ibid*., Título XIX.
51. *Ibid*., artículo 174.
52. *Ibid*., artículo 175.
53. *Ibid*., artículo 176.
54. *Ibid*., artículo 6.
55. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 986.
56. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, Abuja, Nigeria, junio 3 de 1991.

del continente africano. Entre estas medidas, el tratado consagró principios y objetivos a perseguir[57]; creó los órganos de la Comunidad[58] y numerosas normas que regulan el libre comercio entre los Estados africanos.

En el tratado se incluyeron algunas disposiciones referentes al medio ambiente tales como el establecimiento de normas para promover la cooperación en el área de los recursos naturales, el intercambio de información, la coordinación de programas para la explotación y distribución de los recursos minerales y los recursos hídricos, entre otras[59]. Con base en esto, se buscó comprometer a los Estados miembros a promover el medio ambiente saludable, para cuyo fin deberán adoptar las políticas nacionales, regionales y continentales estratégicas, creando instituciones apropiadas para la protección y mejora del medio ambiente, asegurando la toma de medidas necesarias para acelerar la reforma y la innovación de procesos que conduzcan al desarrollo de políticas y programas ecológicamente racionales, económicamente sanos y socialmente aceptables[60]; de igual forma, para lograr el compromiso de los Estados miembros, se consideró adecuada la toma de decisiones apropiadas, individual o colectivamente, con el fin de prohibir la importación y descarga de desechos peligrosos en sus respectivos territorios, debiendo cooperar con el movimiento transfronterizo, administración y procesamiento de los desechos producidos en África[61].

Sin embargo, aunque el tratado consagre estas disposiciones de protección ambiental, no sienta las bases sobre las cuales se deberá producir el equilibrio entre objetivos ambientales y comerciales[62]. Pese a esto, no puede desconocerse que es un importante instrumento para el desarrollo y adopción de políticas y leyes ambientales a nivel regional y continental, más en un continente que posee una de las riquezas más grandes de biodiversidad en todo el mundo, las cuales son un permanente objeto de explotación con fines comerciales en detrimento de su existencia en el futuro.

Parte IV. Tratados multilaterales ambientales y restricciones al comercio internacional

Son numerosos los tratados de derecho internacional ambiental que han consagrado disposiciones relativas al comercio de especies y recursos naturales, re-

57. *Ibid.*, artículos 3 y 4.
58. *Ibid.*, artículo 7.
59. *Ibid.*, artículo 56.
60. *Ibid.*, artículo 58.
61. *Ibid.*, artículo 59.
62. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 1007.

gulando diversos campos de la protección ambiental, como la protección de la diversidad biológica, el movimiento de desechos peligrosos, etc.; estableciendo restricciones a su importación y exportación o prohibiendo su comercio; creando normas con impacto global, continental o regional; y contemplando diversos objetivos para la implementación de normas relacionadas con el comercio, como la protección de la salud humana o la conservación de los recursos naturales.

Según Sands, tres tipos de objetivos ambientales han sido trazados por medio de estas regulaciones: suscribir acuerdos para la protección de la vida silvestre, adoptar medidas para la protección del medio ambiente ante la importación de organismos y productos perjudiciales e impulsar normas para proteger los denominados bienes comunes o "*global commons*"[63].

En el primer grupo se encuentra la Convención de Londres de 1933, primer instrumento de carácter ambiental que consagró medidas relativas al comercio, la cual reguló y controló la importación, exportación y tráfico de los denominados "trofeos", aquellos que no han sido capturados y cazados conforme a las normas del país afectado[64].

En materia de protección a la biodiversidad, la regulación continuó con la expedición de la Convención para la Protección de la Naturaleza y Preservación de la Vida Silvestre del Hemisferio Occidental, la cual estableció que cada Estado Parte debe tomar las medidas necesarias para controlar y regular la importación, exportación y tránsito de la fauna y flora protegida, expidiendo certificados que autoricen estas actividades o prohibiendo la importación de dichas especies cuando sea necesario[65]; y con la Convención de Argel de 1968, que consagró normas atinentes al tráfico y transporte de especies y trofeos, el requerimiento de autorizaciones y la confiscación de especies exportadas ilegalmente[66].

Estos instrumentos de protección de especies de fauna y flora silvestres fueron complementados por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, cuyo objeto fundamental consiste en regular todos los aspectos concernientes al comercio de especies en peligro de extinción. La Convención contempla unos apéndices, en los cuales incluye todas las especies en peligro de extinción que son o pueden ser afectadas

63. Ibid., p. 942.
64. Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, Londres, noviembre 8 de 1933, artículo 9.
65. Convención para la protección de la naturaleza y preservación de la Vida Silvestre del Hemisferio Occidental, Washington, octubre 12 de 1940, artículo IX.
66. Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, Argel, septiembre 15 de 1968, artículo IX.

por el comercio, que debe estar sujeto a una reglamentación particularmente estricta y autorizado solamente bajo circunstancias excepcionales[67], a fin de no poner en un peligro mayor su existencia. Además, la Convención establece reglas sobre la expedición de permisos para la exportación de especies[68]; sobre el régimen de exenciones[69]; las medidas que deberán tomar las Partes, como sancionar el comercio o la posesión de tales especímenes en violación de la Convención, así como prever la confiscación o devolución de los mismos[70]; la creación de una Conferencia de las Partes y una Secretaría con el fin de hacer seguimiento a la implementación de la Convención[71]; entre otras disposiciones.

Por otra parte, el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad al Convenio de Diversidad Biológica, que regula la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, estableció normas sobre la importación y movimiento transfronterizo de dichos organismos, principalmente cuando sea para uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento[72].

No obstante, no sólo la protección de la biodiversidad y la regulación de su comercio han estado en el centro de la preocupación de la comunidad internacional. El comercio con los denominados "*global commons*", como la capa de ozono, fue también objeto de protección por las normas de derecho internacional ambiental.

El Protocolo de Montreal de 1987 a la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985, consagró normas precisas sobre el control del comercio de sustancias agotadoras de la capa de ozono, tal como aparece relacionado en el Anexo A del Protocolo. Al respecto, este instrumento establece plazos para: la prohibición de la importación y la permisión de la exportación de sustancias a los Estados no Partes; la determinación de la factibilidad de prohibir o restringir la importación de productos elaborados con sustancias controladas; desalentar la exportación a cualquier Estado que no sea parte del Protocolo en relación con el uso de la tecnología para la producción y utilización de sustancias controladas; la abstención de subvenciones para la exportación de productos, equipo, fábricas o tecnologías, a Estados no vinculados por el protocolo, que pudieran facilitar la producción de sustancias controladas, entre otras reglas de índole comercial[73].

67. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington D. C., marzo 3 de 1973, artículo II.
68. *Ibid.*, artículo VI.
69. *Ibid.*, artículo VII.
70. *Ibid.*, artículo VIII.
71. *Ibid.*, artículos XI y XII.
72. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000, artículos 10 y 11.
73. Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, septiembre 16 de 1987, artículo 4.

Posteriormente, el Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático estableció el denominado comercio de los derechos de emisión con el fin de alcanzar los objetivos de estabilización de los niveles de gases de efecto invernadero en la atmósfera, entregando a la Conferencia de las Partes la capacidad de determinar los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes para la verificación, presentación de informes y rendición de cuentas relacionadas con el mismo[74].

Por último, en materia de tráfico y movimiento de desechos peligrosos, el Convenio de Basilea de 1989 estableció dentro de sus contenidos generales, la posibilidad de que las Partes del tratado ejerzan su derecho a prohibir la importación de desechos peligrosos, existiendo en todo caso el deber de comunicar dicha situación, conforme a las reglas de la Convención; así mismo, la posibilidad de prohibir la exportación de los desechos en caso de que el Estado destinatario no manifieste su consentimiento por escrito, siempre y cuando dicho Estado no la haya prohibido[75].

En este mismo sentido, en el marco legal africano, dos Convenciones poseen especial importancia: la Convención de Lomé de 1989, que estableció que las Partes contratantes deberían adelantar todos los esfuerzos para asegurar que el movimiento internacional de sustancias peligrosas y desechos radioactivos sea controlado, debiendo ser prohibido por la Comunidad de Estados Parte la importación directa o indirecta a su territorio de tales desechos[76]; y la Convención de Bamako de 1991, que consagró que las Partes deben tomar las medidas legales y administrativas apropiadas dentro de su jurisdicción para prohibir la importación de los residuos peligrosos, definiendo tal conducta como un acto ilegal y criminal[77].

Parte V. Conclusión

La relación entre medio ambiente y comercio internacional ha sido objeto de permanente discusión. De un lado, el derecho ambiental ha visto el comercio como una herramienta agotadora y destructora de los recursos de la naturaleza,

74. Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997, artículo 17.
75. Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, marzo 22 de 1989.
76. Cuarta Convención ACP-CEE (África, el Caribe y el Pacífico-Comunidad Económica Europea), Lomé, diciembre 15 de 1989, artículo 39.
77. Convención sobre la Prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos dentro de África, Bamako, Malí, enero 29 de 1991, artículo 4.

con el fin exclusivo de proteger intereses económicos privados por encima de intereses generales y del bienestar mismo de la humanidad; de otro lado, el derecho comercial ha considerado las disposiciones ambientales como una barrera al libre comercio, un obstáculo al desarrollo y una limitación a las relaciones económicas necesarias de los Estados y las corporaciones internacionales.

Sin embargo, en su desarrollo, el derecho internacional ambiental ha encontrado la necesidad de establecer reglas específicas de protección del medio ambiente al interior de los sistemas comerciales, que sean de carácter universal, como la OMC, o de carácter regional, como el NAFTA, la Comunidad Andina de Naciones, la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), el Proyecto Mesoamérica, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Europea y la Comunidad Económica Africana, entre otras; y, colateral a este avance, por medio de la inclusión de normas comerciales entre las disposiciones de los tratados de orden internacional ambiental, el derecho internacional se ha propuesto regular el proceso de intercambio comercial entre los pueblos, cuando el objeto de intercambio sean los recursos naturales, y las consecuencias cuando se afecten el bienestar y la supervivencia de la humanidad, estableciendo requisitos y condiciones que deben ser satisfechas por los sujetos en la libre circulación de recursos.

No obstante, aún existe cierta reticencia de parte de los Estados y corporaciones económicas internacionales, en cuanto a la ratificación de los tratados ambientales que contengan limitaciones al libre comercio de recursos del medio ambiente, así como a la inclusión de normas de protección ambiental en los acuerdos de libre comercio; movidos por las preocupaciones de orden económico y la competencia con respecto a otros Estados, los gobiernos han sido reacios a incluir disposiciones que puedan "obstaculizar" sus posibilidades de desarrollo.

En este sentido, el derecho internacional ambiental y las normas comerciales internacionales tienen en sus manos el poderoso desafío de impulsar el establecimiento de un sistema de protección del medio ambiente, basado en normas de obligatorio cumplimiento por los Estados y los particulares, que encuentre plena armonía con las relaciones económicas y de comercio entre los mismos; deben buscar que ambos campos confluyan en un solo fin y que las fronteras que los separan se disipen en beneficio de todos los intereses en juego, con especial

consideración de los aspectos sociales y naturales, donde no prime sólo el interés económico y donde el desarrollo y progreso social se base en el manejo y el comercio responsable de los recursos naturales[78].

Vistos como dos caras de la misma moneda o como dos elementos coexistentes y necesarios uno al otro, el comercio y la protección ambiental comienzan a hacer parte de un mismo proceso legal internacional que requiere la atención de los Estados los cuales, a través del planteamiento de políticas, la construcción de organizaciones con finalidades claras de protección ambiental y respeto del libre comercio, y el refuerzo de los organismos existentes –como la Comisión de Derecho Sostenible de las Naciones Unidas– tienen la última palabra en la discusión.

78. Como una solución intermedia entre ambas posiciones, Farber propone el llamado modelo de "comercio/eco-pragmatismo global", de acuerdo con el cual los problemas de comercio y medio ambiente deben ser resueltos de una forma pragmática a través de la construcción de principios legales desde hechos concretos de casos particulares, más que desde las grandes teorías abstractas y fundacionales. Ver Farber, Daniel A., *Eco-Pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*, Second Edition, University of Chicago Press, Chicago, 1999 y Blomquist, Robert F., "Against Sustainable Development Grand Theory: A Plea for Pragmatism in Resolving Disputes Involving International Trade and the Environment", en *Vermont Law Review*, 2004-2005, (29), pp. 733-755, pp. 753-754.

CAPÍTULO VII

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Parte I. Introducción

Uno de los temas trascendentales en el derecho internacional ha sido el de la solución de los diferendos internacionales[1]. Desde tiempos inveterados, los Estados han buscado dar una respuesta eficaz a sus conflictos internacionales por medios que van desde la confrontación armada hasta los acercamientos diplomáticos y los buenos oficios de un tercer Estado o una organización internacional.

En el campo del derecho internacional ambiental la situación no ha sido diferente; en su constante lucha por el aprovechamiento de los recursos naturales, los Estados se ven envueltos en permanentes conflictos de carácter internacional, exigiendo, de parte del derecho internacional, la proposición de medidas que den respuesta a ellos y prevengan el estallido de posteriores confrontaciones.

Esta situación da origen al estudio de los medios de solución de controversia en el derecho internacional ambiental. Para abordar el tema con mayor precisión es necesario hacer un análisis general de las características del régimen de solución de diferencias en el derecho internacional público, mencionando los aspectos y particularidades que posee en el campo específico del derecho internacional ambiental; posteriormente, se estudiarán los principales medios de solución de controversias a nivel internacional y el papel que cumplen en la solución de los diferendos de carácter internacional ambiental, analizando los métodos de arreglo directo, diplomático y legal existentes y los órganos facultados para ello por el derecho internacional; finalmente, se planteará una conclusión, recapitulando los elementos destacados y proponiendo algunas alternativas a las discusiones que se han suscitado alrededor del tema.

1. Ver Uribe Vargas, Diego, *La paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales*, Cuarta Edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 17 y ss.

Parte II. Características generales

El propósito de establecer un sistema pacífico de solución de controversias en el derecho internacional fue consagrado por primera vez en un documento de alcance universal: la Carta de las Naciones Unidas, la cual destinó el capítulo VI al "Arreglo pacífico de controversias".

Al respecto, en su artículo 33, la Carta consagró que las partes que se vean inmersas en una controversia que sea susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales pueden acudir a cualquiera de los métodos pacíficos que el artículo menciona, entre los cuales está "*la negociación, la investigación, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales*"[2].

Pese a la claridad que existe sobre la necesidad de hacer uso de los medios pacíficos de solución de diferencias dispuestos por el derecho internacional, algunos problemas han surgido como obstáculo a la utilización de los mismos, especialmente con relación a los recursos ante organismos de carácter judicial. Entre estos inconvenientes se encuentran, según Kiss y Shelton, el tiempo en que se presenta la demanda de reparación del daño y el momento en que es proferida una decisión al respecto; la definición del autor y la causa exacta del daño; y la existencia de desventajas al interior del sistema al considerar al medio ambiente como una víctima y no como una parte de los casos contenciosos[3].

Romano agrega, además, otros problemas que presenta el sistema de solución de diferencias en el marco particular del derecho internacional ambiental: la falta de armonía y sincronización en las disposiciones de arreglo de controversias contenidas en acuerdos y tratados de carácter ambiental, evidenciada en las distintas y disímiles alternativas a las que pueden recurrir los países respecto de temas que guardan características comunes; y la fragmentación en el conjunto de fallos que pueden proferirse, incluso para un mismo caso, como sucedió con los fallos que, respecto al caso de la Planta MOX entre Irlanda y el Reino Unido, fueron pronunciados bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y bajo la Convención OSPAR; la falta de coordinación entre los cuerpos normativos y judiciales; así como la multiplicación de los actores interesados y los niveles de discusión[4].

2. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2.
3. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007, p. 84.
4. Romano, Cesare P. R., "International Dispute Settlement", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por Bodansky, Daniel, Brunnée, Jutta y Hey, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1036-1056, pp. 1045-1054.

Parte III. Principales medios de solución de controversias ambientales

Los mecanismos de solución de diferencias en derecho internacional pueden ser divididos, de forma general, en dos grandes grupos: los medios diplomáticos, en los cuales las partes resuelven amistosamente sus diferencias, y los judiciales o legales, en los que las partes someten el diferendo a una corte o tribunal internacional.

1. Diplomáticos

a. Negociación y consulta

El método más simple y más utilizado en la solución de conflictos internacionales ha sido la negociación, consistente en la discusión entre las partes interesadas de las opiniones divergentes con el fin de reconciliarlas o, al menos, comprender las diferentes posiciones mantenidas, de manera directa y sin la intervención de un tercero[5]; en este sentido, la negociación se ha constituido en el principal método para ordenar y conducir las relaciones internacionales y el objetivo central de la diplomacia en la persecución de los objetivos políticos internacionales[6].

La negociación ha sido, además, mencionada en la resolución de algunas controversias con impacto ambiental[7]. Entre ellas, puede mencionarse el caso de las pesquerías islandesas ante la Corte Internacional de Justicia, en el cual la Corte estableció que el método más apropiado para la solución de una disputa es la negociación, cuyos objetivos deben ser la delimitación de los derechos e intereses de las partes, los derechos preferenciales de los Estados costeros y los del solicitante, así como equilibrar y regular equitativamente las cuestiones de delimitación, repartición de cuotas y restricciones relativas a áreas cerradas de pesca, número y tipo de navíos autorizados y formas de control de las disposiciones acordadas[8].

Adicionalmente, algunos tratados de derecho internacional ambiental han mencionado la necesidad de asegurar que las partes recurran a la negociación para resolver sus disputas antes de hacer uso de otros métodos formales[9]. Al respec-

5. Shaw, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 918.
6. Ramundo, Bernard A., "Power and Law in International Negotiation: The Negotiator's Perspective", en *Willamette Law Review*, 1980-1981, (17), pp. 83-91, p. 84.
7. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 201.
8. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175, p. 201, par. 65.
9. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 201-202.

to, la CITES estableció en su artículo XVIII de "Arreglo de controversias", la posibilidad de que cualquiera de ellas, surgidas con respecto a la aplicación de las disposiciones de la Convención, será sujeta a negociaciones entre las Partes[10], disposición que es reiterada en la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono[11], el Convenio sobre Diversidad Biológica[12], la Convención Marco sobre Cambio Climático[13], y el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia[14], entre otros.

Algunos instrumentos internacionales han hecho referencia al concepto de "consultas" entre las partes interesadas, con un desarrollo particular en el marco del derecho ambiental[15]. En este sentido, instrumentos como la Declaración de Río (Principio 19) consagran el deber de los Estados de celebrar consultas con los países que puedan resultar afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos[16]; la fórmula de las "consultas" ha sido utilizada por otros instrumentos tales como: la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, respecto de la utilización razonable y equitativa de los mismos[17]; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[18]; el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materia[19]; la Convención de Argel sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales[20], entre otros tratados.

Igualmente, el fallo del caso *Lac Lanoux* estableció que las obligaciones suscritas mediante acuerdo no deberían ser recurridas y podrían ser sancionadas en caso de ruptura injustificada de las entrevistas, plazos anormales, menosprecio de los procedimientos previstos, rechazo sistemático de los compromisos adquiridos, o de manera general cuando existan casos de infracción de las reglas de la buena fe[21].

b. Mediación, buenos oficios y conciliación

La mediación ha sido interpretada como una extensión de la negociación, con la particularidad de contar con la participación de una tercera parte, que se encarga de animar a los Estados inmersos en la controversia a continuar con la negociación, actuando como un simple canal de comunicación entre ellas, proponiendo

10. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington D. C., marzo 3 de 1973, artículo XVIII.
11. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, marzo 22 de 1985, artículo 11 (1).
12. Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, junio 5 de 1992, artículo 27 (1).
13. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992, artículo 14 (1).
14. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979, artículo 13.
15. Fitzmaurice, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002, p. 341.
16. Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), Principio 19.
17. Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, Nueva York, mayo 27 de 1997, artículo 6 (2).
18. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, Jamaica, diciembre 10 de 1982, artículos 66, 142, 169, 211.
19. Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, Londres, noviembre 13 de 1972, artículo V (2).
20. Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales, Argel, septiembre 15 de 1968, artículo XIV (3).
21. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317, pp. 306-307, par. 11.

soluciones y transmitiendo a cada una de ellas las propuestas que haga la otra[22]. Este procedimiento guarda relación con el de los "buenos oficios", con la diferencia de que éste último implica la actuación de un tercero que influencia a las partes opuestas a entrar en negociaciones, mientras que la mediación supone la participación activa de la tercera parte en el proceso mismo de la negociación[23].

Por su parte, la conciliación ha sido definida como un método de solución de diferencias en el cual una Comisión convocada por las Partes, de manera permanente o ad hoc, examina de manera imparcial una disputa e intenta definir los términos de arreglo susceptibles de ser aceptados por ellas[24]; también se ha dicho que es "*la intervención en el arreglo de un diferendo internacional por un órgano sin autoridad política propia, poseedor de la confianza de las partes en litigio, encargado de examinar todos los aspectos del mismo y proponer una solución que no es obligatoria para las partes*"[25].

Son muchos los aspectos en común que poseen la conciliación y la mediación. En particular, Merrills menciona que frecuentemente el mediador hace las propuestas de manera informal y sobre la base de la información suministrada por las partes, contrario a la conciliación en la cual la información se recopila por medio de informaciones independientes[26].

Existen pocos casos reportados de mediación en la solución de controversias en materia ambiental. Al respecto, Sands menciona el papel que en este sentido ha cumplido la Organización de los Estados Americanos en algunos casos, así como el rol desempeñado por otros órganos como la Comisión Internacional Conjunta en la disputa entre Canadá y Estados Unidos[27], la cual llevó a cabo una combinación de funciones cuasi-judiciales, investigación y coordinación[28].

Los instrumentos de derecho internacional ambiental consagran los mecanismos de la conciliación y la mediación como herramientas a las que pueden acudir las partes de una controversia, de manera facultativa y no obligatoria, cuando no hayan podido solucionarla por medio de la negociación directa. Entre ellos se encuentran las disposiciones de la Convención sobre los Cursos de Agua de 1997[29]; el Convenio sobre Diversidad Biológica[30]; y la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono[31].

22. Merrills, John M., "The Means of Dispute Settlement", en *International Law*, editado por Evans, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 533-559, p. 537.
23. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, p. 921.
24. Regulations on the Procedure of International Conciliation, The Institute of International Law, Session of Salzburg, 11 September 1961, disponible en http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1961_salz_02_en.pdf (consultada en diciembre 19 de 2008).
25. Cot, Jean Pierre, *La Conciliation Internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 1968, p. 8.
26. Merrills, John M., óp. cit., *supra* nota 22, p. 537.
27. Tratado de Aguas Fronterizas entre Estados Unidos-Canadá, Washington, enero 11 de 1909, artículos VII y IX.
28. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 203.
29. Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, *supra* nota 17, artículo 33 (2).
30. Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, *supra* nota 12, artículo 27 (2).
31. Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, *supra* nota 11, artículo 11 (2).

c. Mecanismos de cumplimiento

Uno de los más significativos desarrollos en el derecho internacional ambiental ha sido la aparición de procedimientos de cumplimiento bajo varios tratados ambientales multilaterales, al lado de los mecanismos tradicionales de solución de diferencias. Desde comienzos de la década de 1990 un importante número de tratados han establecido la constitución de órganos subsidiarios para abordar la ejecución de las obligaciones y resolver las disputas por el desconocimiento de las disposiciones acordadas[32].

Un ejemplo de ello fue la adopción del Protocolo de Montreal de 1987 el cual contempló, en la segunda reunión de las partes, la constitución de un Comité de Implementación encargado de revisar casos específicos de incumplimiento, considerar problemas generales de no ejecución, hacer recomendaciones a los órganos de la Convención y emitir reportes públicos después de cada reunión[33].

El método fue respaldado por otros tratados de carácter ambiental en las décadas posteriores. Al respecto, es ilustrativo mencionar los Protocolos al Convenio de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia por compuestos orgánicos volátiles[34] y sobre reducciones adicionales de las emisiones de azufre[35]; el Protocolo de Kyoto de 1994[36]; y el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad de 2001[37] entre otros[38], los cuales establecieron grupos u organismos para el seguimiento a la ejecución de los compromisos, o para proponer alternativas ante el incumplimiento de cualquiera de los Estados partes.

Una razón de este proceso de auge de los procedimientos de cumplimiento, ha sido la necesidad de tratar los eventos en los cuales los Estados desconocen las obligaciones que han contraído a la luz de diversos instrumentos de derecho internacional ambiental y ante los cuales se manifiestan inapropiados los métodos tradicionales de solución de controversias y el régimen de responsabilidad previsto por el derecho internacional y su aplicación ante la ocurrencia de daños ambientales[39].

Esta conformación de grupos de seguimiento o comités de implementación y disposiciones sobre el cumplimiento, puede tener dos objetivos, según lo afirma

32. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 205.
33. Decisión II/5 (incumplimiento), Reporte de la Segunda Reunión de las Partes del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, UNEP/OzL. Pro.2/3 de junio 29 de 1990. Una detallada explicación del procedimiento de cumplimiento contemplado por el Protocolo de Montreal puede encontrarse en Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 15, pp. 351-362.
34. Protocolo del Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia de 1979 relativo a la lucha contra las emisiones de compuestos orgánicos volátiles o sus flujos transfronterizos, Ginebra, noviembre 18 de 1991, artículo 3 (3).
35. Protocolo al Convenio de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, relativo a reducciones adicionales de las emisiones de azufre, Oslo, junio 14 de 1994, artículo 7.
36. Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997, artículo 18.
37. Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000.
38. Ver Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 15, p. 347.
39. Goote, Maas M., "Non-Compliance Procedures in International Environmental Law: The Middle Way between Diplomacy and Law", en *International Law FORUM du Droit international*, 1999, (1), pp. 82-89, pp. 82-85.

Fitzmaurice: por un lado, provee un estímulo positivo para la ejecución por parte de los Estados miembros de sus obligaciones bajo las convenciones y tratados; y, del otro, proporciona un sistema más blando ante el desconocimiento por parte de un Estado miembro, teniendo la posibilidad de realizar análisis menos rígidos y, por medio de la aplicación de medidas, lograr como primer objetivo el completo acatamiento del Estado infractor, más que la imposición de sanciones o pagos de compensaciones[40].

Este método, de creciente utilización en el derecho internacional ambiental, puede representar una importante estrategia para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de protección del medio ambiente. Además, puede significar el otorgamiento de un papel activo a las Conferencias de las Partes las cuales, consideradas como un órgano en su integridad y de carácter representativo de la comunidad internacional, pueden participar en el seguimiento de la implementación de las normas de conservación ambiental mediante el empleo de mecanismos de carácter multilateral, evitando llevar los casos ante los órganos judiciales internacionales, con mayores costos para las partes en litigio.

2. Judiciales

a. Arbitramento

Es el método más antiguo de solución de controversias[41]. Su origen se remonta al Tratado Jay, celebrado en 1872 entre Gran Bretaña y Estados Unidos, que estableció unas comisiones mixtas con el fin de resolver disputas legales existentes entre las partes[42].

Posteriormente, en el marco de la Primera Conferencia de la Paz celebrada en la Haya en 1899, se firmó la Convención sobre el Arreglo Pacífico de Controversias[43], la cual creó el Tribunal Permanente de Arbitraje, como el medio más eficaz y, a la vez, más equitativo para arreglar los litigios que no hayan sido resueltos por la vía diplomática[44].

Como característica distintiva puede mencionarse que son las partes mismas quienes convocan el tribunal para dirimir la disputa, usualmente sobre la base

40. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 15, pp. 348-349.
41. Merrills, John M., óp. cit., *supra* nota 22, p. 542.
42. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, p. 952.
43. Uribe Vargas, Diego, óp. cit., *supra* nota 1, pp. 64-66.
44. Convención sobre el Arreglo Pacífico de Controversias, La Haya, julio 22 de 1899, artículo 16.

del derecho internacional, acordando que la decisión tendrá fuerza vinculante[45]; debe existir consentimiento de ambas partes, expresado en tratados de arbitraje, generalmente por la vía del compromiso o de acuerdo, en los cuales los Estados deciden someter la controversia a un tribunal especial, o en disposiciones específicas contenidas en tratados de carácter general[46].

Este proceso ha sido también llevado a cabo en la negociación de diversos tratados en materia ambiental, sea que se incluyan disposiciones relativas al sometimiento de las disputas que surjan entre las partes a una "Comisión Especial", a la provocación del arbitramento por una o ambas partes, o simplemente a la posibilidad de resolver un conflicto por medio del arbitraje sin proporcionar detalles sobre el establecimiento del organismo que lo asumiría[47].

Además, es imprescindible mencionar el papel que han cumplido fallos proferidos por tribunales *ad-hoc* en el desarrollo del derecho internacional ambiental. Decisiones como la pronunciada en el caso de *Pacific Fur Seals* (1893)[48], el caso del *Trail Smelter* (1938 y 1941)[49] y el asunto del *Lac Lanoux* (1957)[50] han demostrado la importancia y utilidad que puede tener la conformación de un tribunal de arbitraje para la solución de una controversia con consecuencias en materia ambiental.

Sands menciona cuatro decisiones arbitrales de importancia para el derecho internacional ambiental proferidas en los últimos años. De un lado, dos fallos producidos bajo el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que decidieron las disputas entre Australia y Nueva Zelanda contra Japón sobre *Southern Bluefin Tuna* y entre Irlanda y Reino Unido sobre la Planta *MOX*; el proferido en el diferendo entre Francia y Holanda, en relación con la controversia existente bajo la Convención contra la contaminación química del Rhin de 1976; y el planteado entre Irlanda y Reino Unido bajo el artículo 9 de la Convención OSPAR de 1992[51].

b. Cortes y tribunales internacionales

En la evolución del derecho internacional, numerosas cortes y tribunales han sido creados para resolver las controversias en diversas áreas, tales como los conflictos internacionales entre Estados, las violaciones a los derechos humanos,

45. Merrills, John M., óp. cit., *supra* nota 22, p. 542.
46. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, p. 955.
47. Una mención de numerosos tratados que consagran disposiciones en este sentido puede encontrarse en Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, pp. 212-213.
48. Pacific Fur Seals Arbitration, Judgement of 15 August 1893, 1 Moore's International Arbitral Awards 755.
49. Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 y March 11 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982.
50. Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317.
51. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 213.

los diferendos marítimos y las diferencias en materia comercial, entre otras. La solución de los diferendos en materia de derecho internacional ambiental es aún un tema emergente en el derecho internacional público, materializado en poco crecimiento y avances concretos; no obstante, algunos órganos judiciales han desarrollado temas importantes de protección ambiental, pese a que el papel jugado en este sentido ha sido bastante limitado[52].

1) Corte Internacional de Justicia

Creada en 1945, la Corte Internacional de Justicia es definida como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas[53]. Es, sin duda, la Corte más importante de la justicia internacional debido a la jurisdicción general[54] que posee para dirimir los diferendos de cualquier índole que le sometan los Estados, en virtud de la denominada "cláusula facultativa" de querer ser partes de la Corte Internacional de Justicia[55], o para emitir opiniones consultivas sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos especializados[56].

En su desarrollo, la Corte Internacional de Justicia ha conocido algunos conflictos y proferido opiniones consultivas, citadas y estudiadas atrás[57], relacionadas con problemas y discusiones en materia ambiental. Entre tales conflictos pueden mencionarse el caso del Corfu Channel (1949) entre Gran Bretaña y Albania[58]; los casos de las Pesquerías islandesas (1974) entre Reino Unido e Islandia,[59] y entre la República Federal de Alemania e Islandia[60]; el caso relativo a los ensayos nucleares en el Pacífico (1974) entre Australia y Francia, por una parte, y Nueva Zelanda y Francia, por la otra[61]; el caso Gabčíkovo-Nagymaros (1997) entre Hungría y Checoslovaquia[62]; y la opinión consultiva acerca de la Licitud sobre la utilización de las armas nucleares por un Estado en un conflicto armado (1996), sometida a consideración de la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General de las Naciones Unidas[63].

En estos casos, la consideración ambiental fue apenas uno de sus elementos constitutivos; a excepción del fallo del caso Gabčíkovo-Nagymaros, que desarrolló con mayor profundidad algunas características de la protección al medio ambiente en el marco del derecho internacional, ninguno de los casos fallados

52. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 7, p. 221.
53. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2, artículo 92.
54. Merrills, John M., óp. cit., *supra* nota 22, p. 544.
55. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2, artículo 36, numeral 2.
56. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2, artículo 96.
57. Ver Capítulo III. Fuentes del derecho internacional ambiental, Parte IV. Fuentes auxiliares.
58. *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949*, p. 4.
59. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 3.
60. *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 175.
61. *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 253 y *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 473.
62. *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997*, p. 7.
63. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996,* p. 226.

por la Corte Internacional de Justicia ha tenido como tema central los daños producidos sobre el medio ambiente.

Pese a ello, como un desarrollo importante del derecho internacional ambiental en la esfera judicial, se creó, en 1993, la Cámara para Materias Ambientales en la Corte Internacional de Justicia, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Estatuto de la propia Corte[64]. En su oportunidad ésta dijo que ya se había previsto la formación eventual de una Cámara que tratara los temas del medio ambiente, aunque no se había considerado necesario que fuera de carácter permanente. Sin embargo, la Corte estimó su creación teniendo en cuenta los hechos que se habían producido a lo largo de los últimos años en el campo de la protección del medio ambiente y considerando que ella debía estar lista, en la medida de lo posible, para conocer los casos relativos a su jurisdicción[65].

La conformación de esta Cámara ha significado un paso importante en el desarrollo del derecho internacional ambiental, demostrando la incidencia que esta rama del derecho internacional público presenta en la dinámica de la sociedad internacional contemporánea. No obstante, los Estados aún no han tenido la oportunidad de llevar ante ella ningún caso relacionado con su competencia, lo cual puede estar influenciado —según Fitzmaurice— por la falta de conciencia ambiental de llevar ante la Corte los casos que contengan elementos de discusión sobre el medio ambiente y por la confianza que inspira a los Estados la Corte Internacional en su conjunto, y no sus Cámaras consideradas individualmente[66].

Caso Ecuador contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia

Por las implicaciones directas que puede tener en la actualidad y en el futuro, así como en la concepción del derecho internacional ambiental, resulta importante y útil mencionar algunos aspectos jurídicos que eventualmente podrían rodear el caso iniciado en 2008 por Ecuador contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia, por causa de los presuntos daños al medio ambiente y propiedades en territorio ecuatoriano, generados por las aspersiones aéreas con glifosato realizadas por el Estado colombiano en la zona de frontera con Ecuador; reiterando

64. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 55, artículo 26.
65. International Court of Justice, Press Release, Unofficial, No. 93/20, 19 July 1993.
66. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 15, pp. 364-365.

que las siguientes reflexiones buscan, únicamente, resaltar algunos temas que de acuerdo con una lectura académica podrían adquirir importancia en el debate jurídico, no obstante al momento de la publicación de la primera edición del presente texto no se ha podido conocer el contenido detallado de la disputa, ya que los documentos aún no son de acceso público. Las inclinaciones y énfasis particulares sobre la demanda dependerán esencialmente de las estrategias adoptadas por los respectivos equipos jurídicos de los dos países, así como del criterio asumido por una nueva generación de jueces que recientemente han iniciado sus funciones en la Corte Internacional de Justicia. Todos estos elementos jugarán un rol determinante en el curso que tome el caso.

Como es sabido, desde la segunda mitad del siglo XX Colombia ha afrontado una difícil situación de violencia, narcotráfico, crimen organizado y terrorismo, lo cual ha desestabilizado los gobiernos de turno. Para enfrentar esta situación, los gobiernos de Colombia buscaron ayuda internacional, la cual se materializó –entre otras vías- en el soporte que Estados Unidos ha proporcionado desde finales de los años 90 a través del Programa "Plan Colombia".

Con el fin de enfrentar el narcotráfico, esta estrategia ha contemplado una campaña completa de fumigaciones aéreas en la zona fronteriza con Ecuador –en el departamento del Putumayo– en la cual se ha desarrollado una intensa y continua actividad de cultivo de coca; dichas aspersiones prevén la destrucción de las plantaciones de coca por medio del empleo de pesticidas, como el glifosato denominado *RoundUp*, usado, en algunos eventos, en combinación con el químico *Cosmo Flux 411 F*, sustancia adhesiva que facilita la función del primero en el alcance del objetivo a erradicar.[67]

Las actividades en la zona fronteriza con las sustancias indicadas generaron la protesta por parte de Ecuador, que solicitaba la suspensión de la fumigación aérea en una zona de diez kilómetros a lo largo de la frontera entre los dos Estados. En respuesta a esta queja, se propuso la realización de una reunión bilateral entre los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos Estados, con el objetivo fundamental de identificar los problemas comunes. Ésta concluyó con la adopción de un comunicado conjunto en diciembre de 2005 en el que Colombia decidió, unilateralmente, la suspensión temporal de la fumigación, sin que se especificara su duración[68].

67. Un detallado estudio de las sustancias utilizadas y sus efectos puede encontrase en "Estudio de los efectos del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PECIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente" –Informe preparado para la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), División de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., Estados Unidos de América, 31 de marzo de 2005, disponible en http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/ 2006/diciembre/18/cicadestudiosobreglifosato.pdf (consultada en noviembre 27 de 2008).

68. Comunicado Conjunto entre Colombia y Ecuador, firmado por los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países (Carolina Barco, por parte de Colombia y Francisco Carrión Mena, por parte de Ecuador), Quito, diciembre 7 de 2005, disponible en http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/novedades/boletines/ano2005/diciembre/declara_ecu_col.htm (consultada en noviembre 27 de 2008).

No obstante, algunos problemas emergieron con posterioridad a la suspensión de las aspersiones. La inaccesibilidad del terreno y los ataques de los grupos armados al margen de la ley a los erradicadores manuales, por medio de minas y acciones terroristas, generaron la reanudación del programa de fumigaciones aéreas en diciembre de 2006.

El reinicio de actividades fue considerado por Ecuador como un acto hostil y no amistoso, llevándolo a retirar a su embajador en Bogotá y a solicitar a la Organización de Estados Americanos su intervención en la disputa. Paralelo a esto, durante una reunión política regional celebrada en Nicaragua en enero de 2007, Colombia reconoció la necesidad de informar a Ecuador sobre las fumigaciones aéreas, pero no estipuló las modalidades que tomaría este proceso. Además, acordaron conformar una comisión tripartita para asegurar que las aspersiones no causen daños en territorio ecuatoriano y que un equipo de expertos de la OEA realizara un estudio sobre el impacto que el glifosato pudiera tener en la salud. Estas propuestas quedaron registradas en un segundo comunicado de prensa[69]. Tiempo despues, y basada en razones de seguridad, Colombia reanudó las aspersiones aéreas.

Agotadas las vías diplomáticas, Ecuador presentó demanda ante la Corte Internacional de Justicia contra el Estado colombiano el 31 de marzo de 2008, por medio de escrito en el que alegó que Colombia había vulnerado las obligaciones que le corresponden en virtud del derecho internacional, al permitir el depósito sobre el territorio ecuatoriano de herbicidas tóxicos, causando daños a la salud humana, bienes y medio ambiente de ese país. Como consecuencia de esta conducta, menciona Ecuador, Colombia está obligada a indemnizar todo daño o pérdidas causados por esos actos internacionalmente ilícitos contra la salud humana, el medio ambiente y los recursos naturales, así como por los gastos causados por los estudios encaminados a determinar y apreciar los futuros riesgos para la salud pública, los derechos humanos y el medio ambiente que acarrea la utilización de herbicidas por parte de Colombia. Finalmente, adujo que Colombia debía respetar la soberanía e integridad territorial de Ecuador, tomar inmediatamente todas las medidas necesarias para prevenir la utilización, en cualquier punto de su territorio, de todo herbicida tóxico y prohibir su utilización, por aspersión aérea, en todo punto de su frontera o en proximidades de ella[70].

69. Comunicado de prensa de la reunión realizada en Managua en enero 10 de 2007, entre los Presidentes de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, y Ecuador, Rafael Correa. Información disponible en http://www.cancilleria.gov.co/wps/portal/!ut/p/.cmd/cs/.ce/7_0_A/.s/7_0_1PI/_th/J_0_CI/_s.7_0_A/7_0_1PI/_s.7_0_A/7_0_1PI (consultada en noviembre 27 de 2008).

70. International Court of Justice, Press Release, Unofficial, No. 2008/5, 1 April 2008.

Estos elementos fácticos, así como las discusiones que en derecho se puedan originar, representan un enorme desafío para la Corte Internacional de Justicia, la cual deberá adoptar un pronunciamiento claro sobre algunos conceptos de derecho internacional público general y de derecho internacional ambiental, especialmente en el aspecto relativo a las normas y fuentes aplicables al caso, lo cual puede generar varios escenarios de estudio para la solución de la controversia.

Por una parte, en la base de la disputa subyace la discusión sobre el terrorismo. Con posterioridad a los ataques contra Estados Unidos en septiembre de 2001, surgió una grave situación de zozobra y preocupación a nivel internacional que requería una respuesta activa y eficaz por parte de la comunidad internacional. Dicha manifestación, se concretó en la expedición por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[71]de la Resolución 1373, la cual contiene una clara orientación de lucha contra el terrorismo y establece un conjunto de obligaciones que deben ser adoptadas por todos los Estados, con el fin de mantener la paz y seguridad internacionales.

Entre las obligaciones que deberán contraer los Estados, el Consejo de Seguridad incluyó: la prevención y represión de todos los medios de financiación del terrorismo[73]; la tipificación de la provisión o recaudación intencional de fondos por sus nacionales para la perpetración de actos de terrorismo[74]; el congelamiento de los activos financieros de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos[75]; la prohibición a sus nacionales de poner sus recursos financieros a disposición de personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo[76] *Inter alia.* Además, obligó a los Estados a abstenerse de proporcionar apoyo a las personas que participen en la comisión de actos de terrorismo[77]; a adoptar medidas para la prevención del mismo[78]; a denegar refugio a terroristas[79]; a impedirles que usen su territorio para el cumplimiento de sus fines[80]; a asegurar su enjuiciamiento[81]; y a prestarse ayuda recíproca para investigar a los responsables de estos actos[82]. Finalmente, exhortó a los Estados a cooperar en el intercambio de información en relación con las actividades o movimientos de individuos o grupos de terroristas[83], a suscribir acuerdos y convenios bilaterales y multilaterales para impedir y reprimir los ataques[84], y a adherirse a los instrumentos existentes[85], entre otras decisiones.

71. Resolución 1373 (2001), adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª Reunión, en septiembre 28 de 2001.
73. *Ibid.*, Decisión 1 (a).
74. *Ibid.*, Decisión 1 (b).
75. *Ibid.*, Decisión 1 (c).
76. *Ibid.*, Decisión 1 (d).
77. *Ibid.*, Decisión 2 (a).
78. *Ibid.*, Decisión 2 (b).
79. *Ibid.*, Decisión 2 (c).
80. *Ibid.*, Decisión 2 (d).
81. *Ibid.*, Decisión 2 (e).
82. *Ibid.*, Decisión 2 (f).
83. *Ibid.*, Decisión 3 (a) (b).
84. *Ibid.*, Decisión 3 (c).
85. *Ibid.*, Decisión 3 (d).

La Resolución 1373 podría desempeñar un papel de primer plano en la discusión que se plantea ante la Corte Internacional de Justicia entre Ecuador y Colombia. Las acciones tomadas por Colombia al iniciar y continuar las fumigaciones con glifosato en la zona de frontera, podrían catalogarse dentro del marco de aplicación de dicha Resolución, toda vez que -de acuerdo con las políticas del Gobierno actual- busca atacar uno de los mecanismos de financiación del terrorismo, como es el narcotráfico. Si las aspersiones aéreas tienen como fin erradicar por completo los cultivos de coca, base económica para la comisión de actos de terrorismo, tal conducta estaría prohijada y permitida por el derecho internacional y sería obligación de los Estados prestar toda su asistencia y cooperación al respecto. Esto principalmente debido a que, de existir una obligación internacional de naturaleza ambiental que obligara a Colombia a abstenerse de realizar dichas aspersiones (tema que también es objeto del diferendo), ésta deberá ceder ante la aplicabilidad prioritaria de la Resolución 1373, por cuanto ésta posee superioridad normativa otorgada por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que dispone que en caso de conflicto normativo prevalecerán las obligaciones internacionales derivadas de la Carta.

Sin embargo, el soporte de los anteriores argumentos dependerá, también, de diversas consideraciones jurídicas que asuma el escenario judicial respecto del estatus de los grupos al margen de la ley, pudiendo incluso tomar algún tipo de partida respecto del vigente debate referente a la situación interna del país: ¿son terroristas como los cataloga el Gobierno, o son combatientes a la luz del Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 como lo afirman diversos sectores?

Así mismo, el caso puede plantear la aplicación de criterios de derecho internacional ambiental, originados por la manifestación de Ecuador acerca de algunos daños causados a su medio ambiente por la acción del Estado colombiano. Una de las discusiones más solidas podría versar precisamente sobre la aplicación que pudiera darse al principio de prohibición de la contaminación trasfronteriza, si llegare a probarse que la conducta del Estado colombiano causó efectos negativos al medio ambiente de otro país, en esta caso Ecuador, desconociendo la obligación internacional de no causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional, la Corte Internacional de Justicia, se pronunciaría en el sentido de

86. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte VI. Principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional.

condenar a los responsables y restablecer las circunstancias. Contrario a la incertidumbre que aún reina sobre otros conceptos del Derecho Internacional Ambiental –como el estatus del principio de precaución– existe actualmente acuerdo internacional en torno a la adquisición del estatus de costumbre internacional respecto del principio de contaminación transfronteriza[86], lo cual hace de este principio un argumento atractivo para la sustentación de la demanda (ver capítulo sobre principios del Derecho Internacional Ambiental). Entre los conceptos que podrían ser discutidos, se encuentra el principio de precaución, de amplia discusión en el derecho internacional ambiental actual, y según el cual los Estados no deberían postergar la adopción de medidas de protección del medio ambiente cuando exista una situación de incertidumbre científica sobre los efectos que una determinada conducta pueda tener sobre él[87].

Si se considera que existe aún gran incertidumbre acerca de los efectos que el empleo de pesticidas –como el glifosato– puedan causar sobre el medio ambiente, y las pretensiones no lograran concretarse a traves del principio de la contaminación transfronteriza, sin lugar a duda el principio de precaución adquiriría plena aplicación. En este sentido, el principio de precaución podría vincular activamente a Colombia, quien además participó en la Conferencia de Río de Janeiro y firmó su Declaración, así mismo la Convención sobre Diversidad Biológica para la protección de la fauna y flora.

Sin embargo, tales consideraciones son por ahora meramente hipotéticas ya que, como se dijo en el capítulo correspondiente al principio de precaución, su estatus jurídico aún es incierto y motivo de permanente discusión por la doctrina, normas y jurisprudencia internacional[88]. Pese a su inclusión en algunos tratados y su mención en las decisiones de algunos tribunales internacionales, carece aún de fuerza jurídica vinculante, no ha adquirido el carácter de norma de costumbre internacional, permaneciendo aún como un principio emergente de derecho internacional ambiental o, incluso, como una norma de *soft law* que no obliga a ningún sujeto de derecho internacional y que se convierte más bien en un objetivo o parámetro de comportamiento que los Estados deberían tener en cuenta en sus normas y políticas de protección del medio ambiente[89]. Si eventualmente el principio de precaución se diera por existente al momento de la edición del presente libro, es improbable que se haya predicado su exis-

87. El principio de precaución se encuentra contenido en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual lo define en su Principio 15: "*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*". Ver Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *supra* nota 16.
88. Ver Capítulo IV. Principios del Derecho Internacional Ambiental, Parte II. Principio de precaución.
89. Ver Capítulo III. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental, Parte V. *Soft Law*.

tencia desde el momento en que ocurrieron las aspersiones, motivo por el cual sería muy complicado –desde el punto de vista argumentativo- afirmar que el Estado colombiano se encontraba obligado a respetar el principio de precaución al momento del acaecimiento de los hechos puestos en conocimiento de la Corte.

Dadas las diversas circunstancias que rodean los hechos puestos ante el conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, sería igualmente viable la presentación de consideraciones en materia de derechos humanos tal como se encuentran contenidos en diversos instrumentos de naturaleza universal y regional respecto de los cuales Colombia ha adquirido obligaciones internacionales. No obstante, en este caso, sería imprescindible que Ecuador demostrara que efectivamente se causaron daños por el uso del glifosato; hasta el momento dicha condición no ha sido probada, solo existen dudas científicas por parte de Ecuador.

Esta aparente contradicción de normas y disposiciones de derecho internacional requiere ser estudiada a la luz de sus fuentes, con el fin de concluir cuál debe prevalecer sobre las otras y, por consiguiente, cuál sería la solución que, en derecho, podría eventualmente proferir la Corte Internacional de Justicia.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera como primera fuente de derecho internacional "*las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes*"[90]. Entre estas convenciones internacionales, la primera y más importante, como constitución misma de las Naciones Unidas[91], es, sin duda, la propia Carta de las Naciones Unidas, en virtud del consentimiento y acuerdo de todos los Estados de darle este carácter al crearse la máxima organización internacional de los Estados.

Como se ha sugerido, los eventuales conflictos normativos que pudieren presentarse entre dos reglas de derecho internacional fueron previstos por la propia Carta de las Naciones Unidas, que contempla una norma para dirimirlos en derecho. Al respecto, el artículo 103 establece que "*en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las*

90. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *supra* nota 55, artículo 38 (1) (a).
91. Shaw, Malcolm N., óp. cit., *supra* nota 5, p. 1083.

obligaciones impuestas por la presente Carta"[92]. Esta regla reafirma el carácter superior que poseen las disposiciones consagradas en la Carta de las Naciones Unidas, las cuales tendrían una aplicación preferente de acuerdo con el mencionado sistema de fuentes del derecho internacional.

Así mismo el Capítulo VII de la Carta faculta al Consejo de Seguridad para tomar acciones en caso de amenazas, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, por medio de recomendaciones o decisiones que serán de obligatorio cumplimiento por todos los Estados[93]. Estas reglas, a excepción del *jus cogens*, normas imperativas derogables sólo por otras del mismo rango[94], prevalecen sobre cualquier otro precepto de derecho internacional, sea cual fuere su denominación o materia objeto de su regulación y, por lo tanto, podrían constituirse en una excepción a las disposiciones internacionales para la protección del medio ambiente[95].

La Resolución 1373 de 2001 fue adoptada por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Por esta razón, su aplicabilidad es inmediata y su fuerza jurídica es preferente con respecto a las disposiciones que pudieran oponérsele, entre las cuales se encontrarían las consideraciones en materia ambiental, base de la demanda presentada por Ecuador.

La Corte podría, entonces, adoptar varias posiciones: por un lado, darle aplicación directa a la Resolución 1373 de 2001, confirmando el carácter de norma superior que posee esta decisión en la escala de fuentes del derecho internacional; por otro, podría atenuar estas consideraciones y tener en cuenta los principios emergentes del derecho internacional ambiental, los cuales comienzan a ganar fuerza jurídica a medida que la comunidad internacional constata la necesidad de establecer una regulación más fuerte y efectiva con relación a la protección ambiental y de crear limitaciones a las distintas regulaciones de derecho internacional, con el fin de garantizar la efectiva conservación de los recursos del planeta. No obstante, en la fase actual del procedimiento es prematuro determinar algunas inclinaciones particulares, siendo por ahora únicamente posible identificar la existencia de ciertos temas, así como las grandes fortalezas jurídicas que podrían dirigirse adecuadamente dentro de la estrategia jurídica que asuma el gobierno colombiano.

92. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2, artículo 103.
93. Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 2, Capítulo VII.
94. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, mayo 23 de 1969, artículo 53.
95. Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimoquinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 1010.

La Corte Internacional de Justicia se verá abocada, en el estudio de la controversia, a analizar el valor jurídico que ahora poseen los mencionados conceptos de derecho internacional ambiental. Las decisiones que tome en este sentido sentarán un importante precedente para la determinación de casos futuros pero, especialmente, le imprimirán un mayor grado de certeza a la redacción vaga, "suave", imprecisa y ambigua que caracteriza a la mayor parte de los instrumentos internacionales de derecho ambiental, indagando la posible adquisición de valor normativo directo, a través del estudio de su evolución en el contexto de las fuentes de derecho internacional.

2) Tribunal Internacional del Derecho del Mar

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar estableció la posibilidad para los Estados Parte de la misma de acudir a algunos medios para la solución de sus controversias; además del recurso ante la Corte Internacional de Justicia, la Convención estableció diversas alternativas, tales como: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, constituido conforme con su Anexo VI[96], un tribunal arbitral de acuerdo al Anexo VII o un tribunal arbitral especial, de acuerdo al Anexo VIII[97], cualquiera de los cuales puede ser seleccionado por los Estados interesados.

De acuerdo con el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, su competencia se extiende "*a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con esta Convención y a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que confiera competencia al Tribunal*"[98]; entre estas controversias, la Convención menciona las relativas a la interpretación o aplicación de la misma con respecto al ejercicio de los derechos soberanos por parte de los Estados ribereños, entre las cuales una guarda estrecha relación con la protección ambiental al incluir como situación sometida a los procedimientos judiciales establecidos "*cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención de reglas y estándares internacionales específicos relativos a la protección y preservación del medio marino que sean aplicables al Estado ribereño y que hayan sido establecidos por esta Convención o por conducto de una organización internacional competente o en una conferencia diplomática de conformidad con esta Convención*"[99].

96. Una completa descripción de las funciones, características innovadoras y organización del Tribunal puede encontrarse en Mensah, Thomas, "The International Tribunal for the Law of the Sea and the Promotion of a Legal Order in the Oceans", en *Australian International Law Journal*, 1998, (1), pp. 1-10.
97. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 18, artículo 287.
98. Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Anexo VI a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 18, artículo 21.
99. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *supra* nota 18, artículo 297 (c).

De acuerdo con esta y las demás normas contenidas en la Convención, relacionadas con la conservación del medio ambiente marino y la responsabilidad por daños causados a éste, el Tribunal juega un destacado papel en la efectiva realización del derecho internacional ambiental en el campo del medio marino[100]. En este sentido, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar actúa como un foro para la interpretación y aplicación de las disposiciones relacionadas con la prevención, control y reducción de la contaminación marina[101] y posee un gran potencial para el posterior desarrollo de los principios de protección del medio ambiente marino[102].

Teniendo en cuenta estas características, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar adoptó una resolución por medio de la cual creó, en 1997, la Cámara para la Solución de Controversias relativas al Medio Marino conforme a la posibilidad, otorgada por su propio Estatuto, de constituir salas especiales para conocer de determinadas categorías de controversias[103]. De acuerdo con la Resolución de Abril 28 de 1997, esta Cámara decidirá disputas que las partes acuerden someter relativas a la interpretación y aplicación de cualquier disposición de la Convención sobre el Derecho del Mar, concerniente a la preservación del medio ambiente marino y convenciones especiales relacionadas con su protección, de acuerdo con el artículo 237 de la Convención y cualquier acuerdo sobre la protección del medio del mar que otorgue jurisdicción al Tribunal[104].

Según Birnie y Boyle, la Convención sobre el Derecho del Mar es uno de los pocos tratados bajo el cual las disputas ambientales y sobre recursos naturales son puestas dentro de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales[105]. Por otro lado, puede ofrecer algunas ventajas con respecto a otros órganos de solución de diferencias, entre ellas la participación como partes en procedimiento judicial de entidades distintas de los Estados, el carácter de especialidad y experticia que tienen los jueces del Tribunal del Derecho del Mar y la posibilidad de tomar una decisión con mayor rapidez[106]. Estas particularidades representan, sin duda, un paso importante en la legislación internacional, creando mecanismos expeditos y especiales que tendrán importantes repercusiones en el manejo y solución de las controversias medioambientales.

100. Treves, Tullio, "Dispute-Settlement Clauses in the Law of the Sea Convention and Their Impact on the Protection and Preservation of the Marine Environment: Some Observations", en *Review of European Community and International Environmental Law*, 1999, (8), pp. 6-9.
101. Fitzmaurice, Malgosia A., óp. cit., *supra* nota 15, p. 405.
102. Mensah, Thomas A., "The International Tribunal for the Law of the Sea and the Protection and Preservation of the Marine Environment, en *Environmental Policy and Law*, 1998, (28), pp. 216-219.
103. Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, *supra* nota 97, artículo 15 (1).
104. International Tribunal for the Law of the Sea, Resolution on the Chamber for Marine Environmental Disputes, 28 April 1997, par. 5.
105. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 7, p. 228.

3) Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio

En el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio de 1994 se expidió el Anexo denominado "*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC" (ESC)*, por medio del cual se establece un Órgano de Solución de Diferencias con el fin de administrar las normas, procedimientos y disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos logrados en este marco normativo[107].

El documento contiene, además, normas relativas a la creación de grupos especiales para el estudio de las controversias planteadas; de un órgano permanente de apelación contra las decisiones de los grupos especiales; la facultad de ambos organismos de proferir recomendaciones sobre el diferendo; y la previsión de un procedimiento rápido de arbitraje, como medio alternativo de solución de diferencias, que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes, entre otras disposiciones.

Además, las decisiones de estos órganos son legalmente vinculantes, a menos que exista un consenso en contrario, lo cual constituye un avance respecto del sistema que consagraba el GATT, antecesor de la OMC, donde las decisiones eran meramente recomendatorias[108].

El Comité de la OMC sobre Comercio y Medio Ambiente ha recomendado que, donde sea posible, las controversias relacionadas con acuerdos multilaterales sobre medio ambiente sean resueltas por esos mismos acuerdos y no por la Organización propiamente dicha. Sin embargo, la mayoría de ellos no poseen disposiciones que regulen la solución de diputas y la Organización se convierte en el único espacio para resolverlas, principalmente las que impliquen la aplicación unilateral de medidas ambientales que restrinjan el comercio[109].

Esto ha llevado a que algunos casos hayan sido sometidos a los órganos de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, con algunos aportes para el derecho internacional ambiental. Entre ellos, es imprescindible

106. Boyle, Alan, "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, (46), pp. 37-54, pp. 50-51.
107. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm (consultada en octubre 29 de 2008).
108. Sands, Philippe, óp. cit., *supra* nota 9, p. 221.
109. Birnie, Patricia y Boyle, Alan, óp. cit., *supra* nota 7, pp. 229-230.

citar el caso de *Beef Hormones*[110], en la profundización del principio de precaución; el caso *Shirmp/Turtle* en el concepto de desarrollo sostenible y protección de la biodiversidad; y el caso de *Asbestos*[111], en el tema de los riesgos potenciales que puede producir la explotación de recursos en la salud humana y el medio ambiente.

4) NAFTA

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte no contempla el establecimiento de ninguna institución regional central que armonice las disposiciones sobre el medio ambiente. Sin embargo, ha diseñado algunos mecanismos de cooperación y algunas normas especiales de gran relevancia para la conservación ambiental.

En el Acuerdo del NAFTA, los Estados Partes (Estados Unidos, Canadá y México) se comprometieron a mantener los mecanismos nacionales de regulación ambiental y a reforzar la protección del medio común a los tres países; en este sentido, el principal objetivo trazado consistió en asegurar que ninguno de los países parte mantuviera un régimen de comercio injusto a través de la "sobreprotección" o "sub-protección" del medio ambiente en el marco de su legislación nacional[112]. De esta forma, el NAFTA tuvo en consideración aspectos de protección ambiental como elementos indispensables.

Con este fin, los Estados crearon el Acuerdo Norteamericano para la Cooperación Ambiental (NAAEC) en 1993, el cual estaría dotado de la capacidad de buscar la realización del desarrollo sostenible, la conservación del medio ambiente, la participación para la toma de decisiones en materia ambiental y la prevención de la polución en el territorio de cualquiera de los Estados Partes y en el área común[113].

En este acuerdo se encuentran incluidos algunos procedimientos de solución de diferencias de alcance muy limitado; el sistema sólo está restringido para cuestiones concernientes a la falla persistente en el efectivo refuerzo de las normas ambientales[114]. Además, sólo está disponible para los Estados Parte del Acuerdo, lo cual contrasta con las disposiciones que le otorgan participación al público para otros efectos[115].

110. *EC –Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, 16 January 1998.
111. *European Communities –Measures Affecting Asbestos and Asbestos–Containing Products*, Report of the Panel, WT/DS135/R, 18 September 2000; *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos–Containing Products*, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.
112. Abbott, Frederick M., "The NAFTA Environmental Dispute Settlement Systems as Prototype for Regional Integration Arrangements", en *Yearbook of International Environmental Law*, editado por Günther, Handl, Graham & Trotman, London, 1993, pp. 3-29, pp. 4-5.
113. Saunders, J. Owen, "NAFTA and the North American Agreement on Environmental Cooperation: A New Model for International Collaboration on Trade and the Environment", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1994, (5), pp. 273-304, p. 284.
114. North American Agreement on Environmental Cooperation between The Government of the United States of America, The Government of Canada, and The Government of the United Mexican States, September 13 1993, 32 ILM 1480, artículo 22 (1).
115. Saunders, J. Owen, óp. cit., *supra* nota 112, p. 298.

Según el Acuerdo, cualquiera de las Partes puede solicitar la realización de consultas[116] con el fin de conocer los intereses y razones que motivan a un Estado Parte a fallar en la adopción de medidas de protección ambiental; en caso de que las negociaciones no sean exitosas, la Parte interesada puede solicitar la realización de una audiencia ante el Comisión para la Cooperación Ambiental[117], la cual puede hacer uso de los buenos oficios, la mediación, la conciliación y otros procedimientos para la solución de la controversia[118]. De no ser efectivos estos medios, las Partes pueden solicitar la constitución de paneles que consideren la materia, aunque con el limitado espectro de estudio que fue mencionado[119], el cual puede aprobar un plan para el arreglo del diferendo[120] o imponer una sanción pecuniaria, en caso de ser justificada[121]. Si la controversia continúa, el Estado que instauró la queja puede suspender los beneficios del NAFTA[122], salvo que la Parte sea Canadá.

Paralelo a este sistema en materia ambiental, algunos paneles de solución de diferencias del NAFTA —constituidos por los Estados Parte para la evaluación y arreglo de los diferendos surgidos por el desconocimiento de los compromisos comerciales, relacionados principalmente con medidas antidumping y aduaneras— han tenido alguna incidencia en temas medioambientales, entre los cuales pueden citarse los casos *Canadian Salmon and Herring* y *Canadian Lobsters*[123].

5) Corte Penal Internacional

Por medio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la mencionada Corte fue dotada de competencia para juzgar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto: el de genocidio, los de lesa humanidad, el de guerra y el de agresión[124].

Para el campo del derecho internacional ambiental, cobra importancia la disposición consagrada en el artículo 8 del mismo Estatuto, el cual define lo que se entiende por crímenes de guerra. Según esta norma, serán actos constitutivos de tales infracciones "*las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional*", entre los cuales se encuentra "*lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pér-*

116. North American Agreement on Environmental Cooperation between The Government of the United States of America, The Government of Canada, and The Government of the United Mexican States, *supra* nota 113, artículo 22 (1).
117. *Ibid*., artículo 23 (1).
118. *Ibid*., artículo 23 (4) (b).
119. *Ibid*., artículo 24 (1).
120. *Ibid*., artículo 34 (4) (a).
121. *Ibid*., artículo 34 (4) (b).
122. *Ibid*., artículo 36.
123. En estos casos, las medidas presuntamente adoptadas para fines de conservación debieron ser revisadas por su potencial discriminación comercial (The Matter of Canada's Landing Requirement for Pacific Coast Salmon and Herring, United States-Canada Binational Panel Review, C. D. A. -89-1807-01, October 16, 1989, FTAPD Lexis 6; y The Matter of Lobsters from Canada, United States-Canada Binational Panel Review, U. S. A. -89-1807-01, May 25, 1990, FTAPD Lexis 11). Ver Abbott, Frederick M., óp. cit., *supra* nota 111, pp. 9-10.
124. Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, julio 17 de 1998, artículo 5.

didas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea"[125].

De acuerdo con su redacción final, el objeto de protección de esta disposición no es el medio ambiente *per se* sino las poblaciones atacadas contra los daños que pudieran significar una ventaja militar concreta y directa para la parte causante de los mismos. Sin embargo, esta salvaguarda indirecta es un avance importante para vincular las situaciones de confrontación armada y los individuos causantes de las mismas, a la responsabilidad por los daños que puedan ocasionar sobre el medio ambiente, siendo la Corte Penal Internacional, como lo afirman Kiss y Shelton, el único tribunal internacional permanente que prevé la investigación de individuos por daños al medio ambiente[126].

6) Cortes de Derechos Humanos

En la esfera de protección de los derechos humanos, la justicia internacional está caracterizada por la conformación de Cortes regionales para conocer las conductas relacionadas con las violaciones a estos derechos; actualmente, tres tribunales poseen esta competencia y gozan del estatus de altas cortes para la solución de controversias sobre derechos humanos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Por la conexidad que los derechos humanos tienen con la protección al medio ambiente, estas Cortes han conocido de algunos casos que poseen una gran incidencia para las normas internacionales de conservación ambiental. Particularmente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido de algunos casos relacionados con la contaminación del aire, daños causados por sustancias y actividades peligrosas, ruido, etc.; en el sistema interamericano, puede citarse la resolución proferida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la explotación de los recursos naturales en la región Amazónica y la responsabilidad del gobierno brasileño[127].

125. *Ibid*, artículo 8. 2. b) (iv) (subraya fuera de texto).
126. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, óp. cit., *supra* nota 3, p. 86.
127. Una compilación completa de las decisiones de las Cortes de Derechos Humanos relacionadas con el medio ambiente se encuentra en Robb, Cairo A. R. (Ed.), *Human Rights and Environment*, International Environmental Law Reports, Vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

7) Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental

Pese a su nombre, esta Corte no es propiamente una organización internacional, sino más bien de una asociación privada constituida bajo la legislación mexicana y compuesta de académicos y activistas del medio ambiente[128].

Creada en 1994 con la participación de 28 juristas de 22 países, esta Corte desempeña varias funciones de importancia para el derecho internacional ambiental: por un lado, las de conciliación y arbitraje en materia ambiental, que son cumplidas de manera similar a los mecanismos estudiados; de otra, la de emisión de opiniones consultivas sobre asuntos relacionados con el tema, o sobre aspectos legales del uso o protección de los elementos del ambiente cuando tengan repercusión internacional, a solicitud de cualquier entidad nacional o internacional, pública o privada. Las opiniones pueden ser preventivas (para conocer la legalidad ambiental de un proyecto que se va a realizar), confirmatorias (para ratificar la legalidad ambiental de un proyecto que se está realizando) y denunciatorias (para averiguar si una actuación ajena cumple con la legalidad ambiental y, en caso negativo, ponerlo en conocimiento de la comunidad internacional)[129].

Parte IV. Conclusión

En el curso de los últimos siglos, el derecho internacional público ha buscado un sistema pacífico de solución de controversias internacionales. Consciente de las consecuencias negativas que se derivan de la guerra, las normas internacionales han desarrollado mecanismos alternativos —como el arreglo directo entre las partes, la conciliación, la mediación, los buenos oficios, las acciones ante órganos de justicia internacional, entre otros— buscando evitar el recurso de los Estados a la confrontación bélica y crear un sistema más armónico entre los mismos para una solución efectiva y duradera de los conflictos internacionales.

Estos mecanismos generales han sido extendidos al campo de las controversias internacionales relacionadas con la explotación de los recursos naturales y el medio ambiente. En particular, puede mencionarse el uso de los mecanismos de cumplimiento del derecho internacional ambiental, teniendo en cuenta las nece-

128. Romano, Cesare P. R., óp. cit., *supra* nota 4, p. 1054.
129. Una detallada exposición de las funciones y papel cumplido por la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental puede encontrarse en su página web http://iceac.sarenet.es/indexCastellano.htm (consultada en octubre 29 de 2008).

sidades particulares de forzar a los Estados a respetar sus compromisos y castigar a los renuentes, buscando, además, evitar controversias futuras.

Por otro lado, los Estados han recurrido a los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter universal y regional y en las más variadas materias, con el fin de resolver sus controversias relacionadas con los recursos naturales. A esta tendencia se han adherido los tribunales internacionales, especializando sus organismos en la solución eficaz de los conflictos ambientales, como es claro por la creación de la Cámara para Materias Ambientales en la Corte Internacional de Justicia y de la Cámara para la Solución de Controversias relativas al Medio Marino, en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Sin embargo, el recurso a estos mecanismos pacíficos de solución de controversias es aún escaso si se tiene en cuenta el elevado número de conflictos surgidos con algún impacto ambiental, como es el caso de las guerras por los recursos hídricos, la explotación de bosques para la extracción de madera y de petróleo para la industria, y el consumo de las sociedades en todo el mundo[130].

Por esta razón, es indispensable que la comunidad internacional realice esfuerzos tendientes a fortalecer los mecanismos de solución pacífica y demuestre su utilidad y viabilidad para la resolución de las controversias medioambientales; con este fin, debe evidenciar la posibilidad que tienen estos instrumentos para satisfacer los intereses en conflicto y su pertinencia en el arreglo de las diferencias relacionadas con los recursos naturales, causa de numerosos conflictos durante el siglo XX y el origen inmediato de las disputas que afrontará la humanidad en la evolución de sus futuras relaciones a lo largo del siglo XXI.

130. Mathews, Jessica Tuchman, "Redefining Security", en *Foreign Affairs*, 1988-1990, (162), pp. 162-177.

BIBLIOGRAFÍA

I. Índice de libros

ABBOTT, Frederick M., "The NAFTA Environmental Dispute Settlement Systems as Prototype for Regional Integration Arrangements", en *Yearbook of International Environmental Law*, editado por GÜNTHER, Handl, Graham & Trotman, London, 1993, pp. 3-29.

ABBOTT, Kenneth W., "Commentary: Privately Generated Soft Law in International Governance", en *International Law and International Relations, Bridging Theory and Practice*, editado por BIERSTEKER, Thomas J. *et al.*, Routledge, New York, 2006.

ABI-SAAB, Georges, "Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain", en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 59-68.

ALLOT, Philip, *Eunomia: A New Order for a New World*, Oxford University Press, New York, 1990.

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando y GALÁN BARRERA, Diego Ricardo, *Derecho internacional privado*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

ANDRESEN, Steinar y SKJÆRSETH, Jon Birger, "Science and Technology, From Agenda Setting to Implementation", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 182-202.

ATAPATTU, Sumudu Anopama, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Transnational Publishers, New York, 2006.

BARBOZA, julio, "The ILC and Environmental Damage", en *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, editado por WETTERSTEIN, Peter, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 73-82.

BEYERLIN, Ulrich, "Different types of norms in International Environmental Law. Policies, Principles and Rules", en *The Ox3rd Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 425-448.

BIRNIE, Patricia y BOYLE, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, New York, 2002.

BIRNIE, Patricia, "Legal Techniques of Settling Disputes: The 'Soft Settlement'", en *Perestroika and International Law*, editado por BUTLER, William, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, "International Environmental Law, Mapping the Field", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1-25.

BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle (Eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BOWMAN, Michael y BOYLE, Alan (Eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BOYLE, Alan, "Codification of International Environmental Law and the International Law Commission: Injurious Consequences Revisited", en *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Changes*, editado por BOYLE, Alan y FREESTONE, David, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 61-87.

BOYLE, Alan, "Relationship between International Environmental Law and other Branches of International Law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 125-146.

BOYLE, Alan, "Reparation for Environmental Damage in International Law: Some Preliminary Problems", en *Environmental Damage in International and Comparative Law*, editado por BOWMAN, Michael y BOYLE, Alan, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 17-26.

BOYLE, Alan, "Soft Law in International Law–Making", en *International Law*, editado por EVANS, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 141-158.

BOYLE, Alan, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft law", en *Multilateral Treaty-Making, The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, editado por GOWLLAND-DEBBAS, Vera, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2000, pp. 25-41.

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003.

BRUNNÉE, Jutta, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 550-573.

CADENA AFANADOR, Walter René, *La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho*, Universidad Libre, Bogotá, 2005.

CALDWELL, Lynton Keith, *International Environmental Policy and Law*, Duke University Press, Durham, NC, 1980.

CALDWELL, Lynton Keith, *International Environmental Policy: Emergence and Dimensions*, Duke University Press, Durham, NC, 1984.

CASSESE, Antonio, *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

CASSESE, Antonio, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2005.

CAVELIER GAVIRIA, Germán, *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, Tercera Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2000.

COT, Jean Pierre, *La Conciliation Internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 1968.

CRAWFORD, Cynthia, "Hard Law vs. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?", en *International Monetary and Financial Law upon Entering the New Millennium: a Tribute to Sir Joseph and Ruth Gold*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2001, pp. 1433-1441.

CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction: Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

DE VITORIA, Francisco, *De indis*, 1532.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimoquinta Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

DUNANT, Jean Henry, *Un Souvenir de Solférino*, publicado en 1862.

DUPUY, Pierre-Marie, "Formation of Customary International Law and General Principles", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 449-466.

DUPUY, René-Jean, "Droit déclaratoire et droit programmatoire: de la coutume sauvage à la 'soft law'", en *L'élaboration du droit international public. Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse*, Leiden, Sijthof, 1975, pp. 132-148.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1997.

ECKERSLEY, Robyn, "Soft Law, Hard Politics, and the Climate Change Treaty", en *The Politics of International Law*, editado por REUS-SMIT, Christian, Cambridge University Press, 2004, pp. 80-105.

EVANS, Malcolm D. (Ed.), *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006.

FARBER, Daniel A., *Eco-Pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*, Second Edition, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

FITZMAURICE, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002.

FITZMAURICE, Malgosia A., "International Responsibility and Liability", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1010-1035.

FREESTONE, David e IJLSTRA, Ton, *The North Sea: Perspective on Regional Environmental Cooperation*, Graham/Trotman, London/Dordrecht, 1990.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique, *Derecho Internacional Público*, Sexta Edición, Editorial Temis S. A., Bogotá, 2005.

GEHRING, Thomas, "Treaty-Making and Treaty Evolution", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 467-497.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera (Ed.), *Multilateral Treaty-Making, The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2000.

GROTIUS, Hugo, *Mare liberum, sive De jure quod Batavis competit ad Indicana commercia dissertatio*, Lugduni Batavorum: ex officina Ludovici Elzevirij, Elzevier, Lowijs (I) Leiden, 1609.

GULLEDGE, Jay, "Climate Change Risks in the Context of Scientific Uncertainty" en *The Global Politics of Energy*, Pew Center on Global Climate Change, mayo de 2008.

GURUSWAMY, Lakshman y HENDRICKS, Brent, *International Environmental Law in a Nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1997.

HANDL, Günther, "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law", en *Environmental Protection and International Law*, editado por LANG, Winfried *et al.*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1991, pp. 59-99.

HANDL, Günther, "Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations", en *Sustainable Development & International Law*, editado por LANG, Winfried, Graham and Trotman Ltd., London, 1995, pp. 35 y ss.

HANDL, Günther, "Transboundary Impacts", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 531-549.

HERRERA-LASSO, Luis y GONZÁLES, Guadalupe, "Balance y perspectivas en el uso del concepto de la seguridad nacional en el caso de México", en *En busca de la seguridad perdida. Aproximaciones a la Seguridad Nacional en México*, compilado por AGUAYO, Sergio y BAGLEY, Bruce Michael, Segunda Edición, Editorial Siglo XXI, México, 2002, pp. 391-410.

HUNTER, David, SALZMAN, James y ZAELKE, Durwood, *International Environmental Law and Policy*, Third Edition, Foundation Press, New York, 2002.

JACOBS, Michael, *The Green Economy: Environment, Sustainable Development and the Politics on the Future*, Pluto Press, London, 1991.

JENKS, C. Wilfred, *Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law*, Recueil des cours, Tome 17, The Hague Academy of International Law, The Hague, 1966.

JUSTE RUIZ, José y CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (IIED) and WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (WBCSD), "Breaking New Ground: Mining, Minerals and Sustainable Development Project", Earthscan Publications, London, 2002.

KISS, Alexandre y SHELTON, Dinah, *Guide to International Environmental Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007.

LEAL BUITRAGO, Francisco, *La seguridad nacional a la deriva. Del Frente Nacional a la Posguerra Fría*, Alfaomega –Ceso Uniandes –FLACSO Sede Ecuador, Colombia, 2002.

LOIBL, Gerhard, "Environmental Protection and Sustainable Development", en *The United Nations –Law and Practice*, editado por CEDE, Frenz y SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly, Kluwer Law International, 2001, pp. 195-213.

LOUKA, Elli, *International Environmental Law. Fairness, Effectiveness and World Order*, Cambridge University Press, New York, 2006.

LOWE, Vaughan, "Sustainable Development and Unsustainable Arguments" en *International Law and Sustainable Development, Past Achievements and Future Challenges*, editado por BOYLE, Alan y FREESTONE, David, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 19-37.

McCORQUODALE, Robert y DIXON, Martin, *Cases and Materials on International Law*, Oxford University Press, USA, 2003.

MAGRAW, Daniel Barstow y HAWKE, Lisa D., "Sustainable Development", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, en Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 613-638.

MEDELLÍN, Carlos J., y MEDELLÍN FORERO, Carlos, *Lecciones de Derecho Romano*, 12ª Edición, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1995.

MENSAH, Thomas A., "The International Tribunal and the Protection of the Environment", citado por FITZMAURICE, Malgosia A., *International Protection of the Environment*, Recueil des cours, Tome 293, The Hague Academy of International Law, The Hague, 2002.

MERRILLS, John M., "The means of dispute settlement", en *International Law*, editado por EVANS, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 533-559.

MESA CUADROS, Gregorio, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.

NANDA, Ved Prakash y PRING, George, *International Environmental Law and Policy for the 21st Century*, Transnational Publishers, New York, 2003.

NEFF, Stephen C., "A Short History of International Law", en *International Law*, editado por EVANS, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 29-55.

NEUHOLD, Hanspeter, "The Inadequacy of Law–Making by International Treaties: 'Soft Law' as an Alternative?", en *Developments of International Law in Treaty Making*, editado por WOLFRUM, Rüdiger y RÖBEN, Volker, Springer, Berlín, 2005, pp. 39-52.

OVIEDO ALBÁN, Jorge, "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria", en *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales, Colección Derecho Privado y Globalización*, Tomo II, dirigido por CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y OVIEDO ALBÁN, Jorge, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2006, pp. 23-53.

PETERS, Anne y PAGOTTO, Isabella, *Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective, New Modes of Governance Project*, Project No. CITI-CT-2004-506392, 2006.

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 23ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

PISILLO-MAZZESCHI, Riccardo, "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en *International Responsibility for Environmental Harm*, editado por FRANCIONI, Francesco y SCOVAZZI, Tullio, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1991, pp. 15-35.

RAO, Pinninti Krishna, *International Environmental Law and Economics*, Blackwell Publishers, Oxford, 2002.

REDGWELL, Catherine, "International Environmental Law", en *International Law*, editado por EVANS, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 657-688.

REDGWELL, Catherine, "National Implementation", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. pp. 922-946.

REMIRO BROTÓNS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ROBB, Cairo A. R. (Ed.), *Human Rights and Environment*, International Environmental Law Reports, Vol. 3, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

ROMANO, Cesare P. R., "International Dispute Settlement", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1036-1056.

ROWLANDS, Ian H., "Atmosphere and Outer Space", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 315-336.

SALMON, Trevor C. (Ed.), *Issues in International Relations*, Routledge Taylor & Francis Group, London, 2000.

SAND, Peter H., "The Evolution of International Environmental Law", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 29-43.

SANDS, Philippe, "Environmental Protection in the Twenty-first Century: Sustainable Development and International Law", en *Environmental law, the Economy and Sustainable Development: the United States, the European Union and the International Community*, editado por REVESZ, Richard L., SANDS, Philippe y STEWART, Richard B., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 369-408.

SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

SANDS, Philippe y GALIZZI Paolo (Eds.), *Documents in International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991.

SCHERMERS, Henry G. y BLOKKER, Niels M., *International Institutional Law*, Fourth Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003.

SCHOENBAUM, Thomas J., "International Trade and Environmental Protection", en BIRNIE, Patricia y BOYLE, Alan, *International Law & the Environment*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, pp. 697-750.

SENDEN, Linda, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Portland Oregon, 2004.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

SHIVA, Vandana, "Resources", en *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, editado por SACHS, Wolfgang, Zed Books Ltd, London, 1992.

SICILIANOS, Alexandre, Presentación hecha en el marco del Curso Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya llevado a cabo en Lima, diciembre de 2005.

SZTUCKI, Jerzy, "Reflections on 'Soft Law'", en *Festschrift Till Lars Hjerner, Studies in International Law*, editado por RAMBERG, Jan *et al.*, Nordsteds Söner, 1990, pp. 549-575.

TENORIO QUINTERO, María Juliana, *El concepto de Seguridad Colectiva en el marco de la ONU: redefinición del papel de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el ECOSOC*. Tesis de maestría, Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo, dirigida por GIL, Laura, Bogotá, Agosto de 2006.

THIRLWAY, Hugh, "The Sources of International Law", en *International Law*, editado por EVANS, Malcolm D., Second Edition, Oxford University Press, New York, 2006, pp. 115-140.

TOOPE, Stephen J., "Formality and Informality", en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, editado por BODANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y HEY, Elle, en Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 107-124.

URIBE VARGAS, Diego, *La paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales*, Cuarta Edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.

VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1993.

VAN DER MENSBRUGGHE, Yves, "Legal Status of International North Sea Declarations", en *The North Sea: Perspective on Regional Environmental Cooperation*, editado por FREESTONE, David y IJLSTRA, Ton, Graham/Trotman, London/Dordrecht, 1990, pp. 15-22.

WEISS, Edith Brown, *Environmental Change and International Law*, United Nations University Press, Tokyo, 1992.

WEISS, Edith Brown *et al.*, *International Environmental Law and Policy*, Aspen Law and Business, New York, 1998.

WEISS, Edith Brown, "Intergenerational Equity: A Legal Framework for Global Environmental Change", en *Foundations of Environmental Law and Policy*, editado por REVESZ, Richard L., Oxford University Press, USA, 1997.

ZEMANEK, Karl, "Is the Term 'Soft Law' Convenient?", en *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidc – Hohenveldern*, dirigido por HAFNER, Gerhard *et al.*, in honour of his 80º birthday, Kluwer Law International, 1998, pp. 843-862.

II. Índice de artículos académicos

ADAMS, Todd B., "Is There a Legal Future for Sustainable Development in Global Warming? Justice, Economics, and Protecting the Environment", en *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2003-2004, (16), pp. 77-126.

ALKOBY, Asher, "Non-State Actors and the Legitimacy of International Environmental Law", en *Non-State Actors and International Law, Kluwer Law Internationa*l, 2003, (3), pp. 23-98.

ARAUJO, Robert John, "Rio + 10 and the World Summit on Sustainable Development: Why Human Beings Are at the Center of Concerns", en *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2004, (2), pp. 201-225.

BAFUNDO, Nina E., "Compliance with the Ozone Treaty: Weak States and the Principle of Common but Differentiated Responsibility", en *American University International Law Review*, 2005-2006, (21), pp. 461-495.

BAILEY, James E., "Free Trade and the Environment –Can NAFTA Reconcile the Irreconcilable?", en *American University Journal of International Law and Policy*, 1992-1993, (8), pp. 839-880.

BISSCHOP, Willem Roosegaarde, "Sovereignty", en *British Yearbook of International Law*, 1921-1922, (2), pp. 122-132.

BLANCHARD, Patrick, "Responsibility for Environmental Damage under Nuclear and Environmental Instruments: A Legal Benchmarking", en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2000, (18), pp. 233-253.

BLOMQUIST, Robert F., "Against Sustainable Development Grand Theory: A Plea for Pragmatism in Resolving Disputes Involving International Trade and the Environment", en *Vermont Law Review*, 2004-2005, (29), pp. 733-755.

BONELL, Michael Joachim, "Soft law and Party Autonomy: The Case of the Unidroit Principles", en *Loyola Law Review*, 2005, (51), pp. 229-252.

BOYLE, Alan, "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, (46), pp. 37-54.

BRANSON, Douglas M., "Teaching Comparative Corporate Governance: The Significance of "Soft Law" and International Institutions", en *Georgia Law Review*, 2000, (34), pp. 669-698.

BRIERLY, James Leslie, "Matters of Domestic Jurisdiction", en *British Yearbook of International Law*, 1925, (6), pp. 8-19.

BRUNNÉE, Jutta, "The Responsibility of States for Environmental Harm in a Multinational Context –Problems and Trends", en *Les Cahiers de Droit*, 1993, (34), pp. 827-845.

BUZAN, Barry, "Negotiating by Consensus: Developments in Technique at the United Nations Conference at the Law of the Sea", en *American Journal of International Law*, 1981, (75), pp. 324-348.

CAMERON, James, "Future Directions in International Environmental Law: Precautions, Integration and Non-state Actors", en *Dalhousie Law Journal*, 1996, (19), pp. 122- 138.

CARR, Craig L. y SCOTT, Gary L., "Multilateral Treaties and the Environment: A Case Study in the Formation of Customary International Law", en *Denver Journal of International Law & Policy*, 1998-1999, (27), pp. 313-335.

COUTTS, W. A., "Sovereignty", en *Central Law Journal*, 1912, (75), pp. 223-226.

CHAREST, Stephen, "Bayesian Approaches to the Precautionary Principle", en *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 2001-2002, (12), pp. 265-291.

CHINKIN, Christine M., "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, (38), pp. 850-866.

CRAWFORD, James, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", en *The American Journal of International Law*, 2002, (96), pp. 874-890.

DOBOS, Daniel, "The Necessity of Precaution: The Future of Ecological Necessity and the Precautionary Principle", en *Fordham Environmental Law Journal*, 2002, (13), pp. 375-408.

DOREMUS, Holly, "Precaution, Science and Learning while doing in natural resource management" en *Washington Law Review Association*, 2007, (82), pp. 547-579.

ELIAS, Olufemi, y LIM, Chin, "General Principles of Law, 'Soft' Law and the Identification of International Law", en *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, (27), pp. 45-49.

FALK, Richard A., "The United States and the Doctrine of Non Intervention in the Internal Affaires of Independent States", en *Howard Law Journal*, 1959, (5), pp. 163-189.

FREESTONE, David, "The Road to Rio: International Environmental Law after the Earth Summit", en *Journal of Environmental Law*, 1994, (6), pp. 193-218.

FRENCH, Duncan, "Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities", en *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, (49), pp. 35-60.

GAINES, Sanford E., "Taking Responsibility for Transboundary Environmental Effects", en *Hastings International & Comparative Law Review*, 1990-1991, (14), pp. 781-809.

GAINES, Sanford E., "The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos", en *Texas International Law Journal*, 1991, (26), pp. 463-496.

GEHRING, Thomas y JACHTENFUCHS, Markus, "Liability for Transboundary Environmental Damage towards a General Liability Regime", en *European Journal of International Law*, 1993, (4), pp. 92-106.

GOOTE, Maas M., "Non-Compliance Procedures in International Environmental Law: The Middle Way between Diplomacy and Law", en *International Law FORUM du Droit international*, 1999, (1), pp. 82-89.

GRUCHALLA –WESIERSKI, Tad, "A Framework for Understanding Soft Law", en *McGill Law Journal*, 1985, (30), pp. 37-88.

HALL, Noah D., "Transboundary Pollution: Harmonizing International and Domestic Law", en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2006-2007, (40), pp. 681-746.

HARRIS, Paul G., "Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy", en *New York University Environmental Law Journal*, 1999, (7), pp. 27-48.

HESS, Gerald F., "The Trail Smelter, the Columbia River, and the Extraterritorial Application of CERCLA", en *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2005-2006, (18), pp. 1-56.

HICKEY, James E. (Jr.) y WALKER, Vern R., "Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law", en *Virginia Environmental Law Journal*, 1994-1995, (14), pp. 423-454.

HILLGENBERG, Hartmut, "A Fresh Look at Soft Law", en *European Journal of International Law*, 1999, (10), pp 499-515.

HORN, Laura, "Emerging Trends in Sustainable Development: The International Initiatives", en *Australian International Law Journal*, 2002, (24), pp. 24-56.

HOUSMAN, Robert y ZAELKE, Durwood, "Trade, Environment and Sustainable Development: A Primer", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1991-1992, (15), pp. 535-612.

HOUSMAN, Robert, "The North American Free Trade Agreement's Lessons for Reconciling Trade and the Environment", en *Stanford Journal of International La*w, 1994, (30), pp. 379-422.

INGELSE, Chris, "Soft Law?", en *Polish Yearbook of International Law*, 1993, (20), pp. 75-90.

JABBARI-GHARABAGH, Mansour, "Type of State Responsibility for Environmental Matters in International Law", en *R. J. T. n. s.*, 1999, (33), pp. 59-121.

KLABBERS, Jan, "The Redundancy of Soft Law", en *Nordic Journal of International Law*, 1996, (65), pp. 167-182.

KINDT, John Warren, "International Environmental Law and Policy: An overview of Transboundary Pollution" en *San Diego Law Review*, 1986, (23), pp. 583-609.

MATHEWS, Jessica Tuchman, "Redefining Security", en *Foreign Affairs*, 1988-1990, (162), pp. 162-177.

McINTYRE, Owen y MOSEDALE, Thomas, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", en *Journal of Environmental Law*, 1997, (9), pp. 221-241.

MEAD, Stephanie Joan, "The Precautionary Principle: A Discussion of the Principle's Meaning and Status in an Attempt to Further Define and Understand the Principle", en *New Zealand Journal of Environmental Law*, 2004, (8), pp. 137-176.

MENSAH, Thomas, "The International Tribunal for the Law of the Sea and the Promotion of a Legal Order in the Oceans", en *Australian International Law Journal*, 1998, (1), pp. 1-10.

MENSAH, Thomas A., "The International Tribunal for the Law of the Sea and the Protection and Preservation of the Marine Environment, en *Environmental Policy and Law*, 1998, (28), pp. 216-219.

MERRILL, Thomas W., "Golden Rules for Transboundary Pollution", en *Duke Law Journal*, 1996-1997, (46), pp. 931-1019.

NANDA, Ved Prakash, "Sustainable Development, International Trade and the Doha Agenda for Development", en *Chapman Law Review*, 2005, (8), pp. 53-75.

NASH, Jonnathan Remy, "Too Much Market? Conflict between Tradable Pollution Allowances and the 'Polluter Pays' Principle", en *Harvard Environmental Law Review*, 2000, (24), pp. 465-535.

OLIVIER, Michèle, "The Relevance of 'Soft Law' as a Source of International Human Rights", en *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, (35), pp. 289-307.

OSOFSKY, Hari M., "Defining Sustainable Development After Earth Summit 2002", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2003-2004, (26), pp. 111-125.

PEEL, Jacqueline, "Precaution – A Matter of Principle, Approach or Process", en *Melbourne Journal of International Law*, 2004, (5), pp. 483-501.

PERREZ, Franz Xaver, "The Relationship between 'Permanent Sovereignty' and the Obligation Not to Cause Transboundary Environmental Damage", en *Environmental Law*, 1996, (26), pp. 1187-1212.

PORRAS, Ileana M., "The Rio Declaration: A New Basis for International Co-operation", en *Review of European Community and International Environmental Law*, 1992, (3), pp. 245-253.

PREUS, L., "The International Court of Justice, The Senate and Matters of Domestic Jurisdiction", en *American Journal of International Law*, 1946, (40), pp. 720-736.

RAMUNDO, Bernard A., "Power and Law in International Negotiation: The Negotiator's Perspective", en *Willamette Law Review*, 1980-1981, (17), pp. 83-91.

RICH, Andy J., "International Trade and the Environment: A Seething Antagonism", en *Currents: International Trade Law Journal*, 2003, (12), pp. 17-23.

SAUNDERS, J. Owen, "NAFTA and the North American Agreement on Environmental Cooperation: A New Model for International Collaboration on Trade and the Environment", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1994, (5), pp. 273-304.

SAUNDERS, Phillip M., "Development Cooperation and Compliance with International Environmental Law", en *American Society of International Law Proceedings*, 1996, (90), pp. 359-365.

SCHOENBAUM, Thomas J., "International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation", en *The American Journal of International Law*, 1997, (91), pp. 268-313.

SCHWARZ, Priscilla, "Sustainable Development in International Law", en *Non-State Actors and International Law*, 2005, (5), pp. 127-152.

SCOTT, Gary L., REYNOLDS, Geoffrey M. y LOTT, Anthony D., "Success and Failure Components of Global Environmental Cooperation: The Making of International Environmental Law", en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1995-1996, (2), pp. 23-59.

SOHN, Louis B., "The Stockholm Declaration on the Human Environment", en *Harvard International Law Journal*, 1973, (14), pp. 423-515.

STEVENS, Candice, "Interpreting the Polluter Pays Principle in the Trade and Environment Context", en *Cornell International Law Journal*, 1994, (27), pp. 577-590.

STEVENS, Mary, "The Precautionary Principle in the International Arena", en *International & Comparative Environmental Law*, 2002, (2), pp. 13-15.

STONE, Christopher D., "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", en *American Journal of International Law*, 2004, (98), pp. 276-301.

STONE, Christopher, "Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects", en *Southern Californian Law Review*, 1972, (45), pp. 450-501.

TINKER, Catherine, "Environmental Security in the United Nations: Not a Matter for the Security Council", en *Tennessee Law Review*, 1991-1992, (59), pp. 787-801.

TREVES, Tullio, "Dispute-Settlement Clauses in the Law of the Sea Convention and Their Impact on the Protection and Preservation of the Marine Environment: Some Observations", en *Review of European Community and International Environmental Law*, 1999, (8), pp. 6-9.

TRUDEAU, Hélène, "Du droit international au droit interne: l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement", en *Queen's Law Journal*, 2002-2003, (28), pp. 455-527.

WEINTRAUB, Bernard A., "Environmental Security, Environmental Management, and Environmental Justice", en *Pace Environmental Law Review*, 1994-1995, (12), pp. 533-623.

WEISS, Charles, "Expressing Scientific Uncertainty", en *Law, Probability & Risk*, 2003, (2), pp. 25-46.

WEISS, Edith Brown, "In Fairness to Future Generations and Sustainable Development", en *American University Journal of International Law & Policy*, 1992-1993, (8), pp. 19-26.

WEISS, Edith Brown, "The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity", en *Ecology Law Quarterly*, 1984, (11), pp. 495-581.

WEISSLITZ, Michael, "Rethinking the Equitable Principle of Common but Differentiated Responsibility: Differential Versus Absolute Norms of Compliance and Contribution in the Global Climate Change", en *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, 2002, (13), pp. 473-509.

WILLIAMS, William, "Reminiscences of the Bearing Sea Arbitration", en *The American Journal of International Law*, 1943, (37), pp. 562-584.

YASUAKI, Onuma, "A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-First Century: A way to Overcome West–Centric and Judiciary–Centric Deficits in International Legal Thoughts", en *International Community Law Review*, 2006, (8), pp. 29-63.

ZONDORAK, Valerie Anne, "A New Face in Corporate Environmental Responsibility: The Valdez Principles", en *Boston College Environmental Affaires Law Review*, 1990-1991, (18), pp. 457-500.

III. Índice de instrumentos internacionales

1. Tratados e instrumentos de "Soft Law"

Convención revisada para la navegación del Rin, Mannheim, octubre 17 de 1868.

Tratado relativo a la regulación de la pesca de salmón en la Cuenca del río Rin, Berlín, junio 30 de 1885.

Convención sobre el Arreglo Pacífico de Controversias, La Haya, julio 22 de 1899.

Convención destinada a asegurar la conservación de las diversas especies animales que viven en estado salvaje en África, Londres, mayo 19 de 1900.

Convención para la Protección de Aves Útiles para la Agricultura, París, marzo 19 de 1902.

Tratado de Aguas Fronterizas entre Estados Unidos-Canadá, Washington, enero 11 de 1909.

Tratado para la Preservación y Protección de las Focas Pelagenas, celebrado entre Canadá, Japón, Rusia y Estados Unidos, Washington, julio 7 de 1911.

Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, diciembre 16 de 1920.

Convención sobre la Caza de Ballenas, Ginebra, septiembre 24 de 1931.

Convención relativa a la preservación de la Flora y Fauna en su estado natural, Londres, noviembre 8 de 1933.

Convención para el arreglo final de las dificultades originadas a través de las reclamaciones de daños causados en el Estados de Washington por humos residuales, vertidos de la fundición de la Consolidated Mining and Smelting Company, Trail, British Columbia, Estados Unidos-Canadá, Washington, abril 15 de 1935.

Convenio para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, Londres, junio 8 de 1937.

Protocolo al Convenio para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, Londres, junio 24 de 1938.

Convención para la protección de la naturaleza y preservación de la Vida Silvestre del Hemisferio Occidental, Washington, octubre 12 de 1940.

Tratado Provisional sobre Osos Marinos, Washington, diciembre 19 de 1942.

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, junio 26 de 1945.

Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, Washington D. C., diciembre 2 de 1946.

Resolución 32 (IV) de 1947 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, abril 30 de 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), diciembre 10 de 1948.

Convención Interamericana (originalmente entre EEUU y Costa Rica) para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical, Washington, mayo 31 de 1949.

Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Roma, diciembre 6 de 1951.

Resolución 523 (VI) de enero 12 de 1952, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución 626 (VII) de diciembre 21 de 1952, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención internacional para la prevención de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Londres, mayo 12 de 1954.

Resolución 837 (IX) de diciembre 14 de 1954, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención interina sobre la conservación de las focas de pelo fino del Pacífico Norte, Washington, febrero 7 de 1957.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma, marzo 25 de 1957.

Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de la Alta Mar, Ginebra, abril 29 de 1958.

Convención sobre la Alta Mar, Ginebra, abril 29 de 1958.

Convención sobre la Plataforma Continental, Ginebra, abril 29 de 1958.

Resolución 1314 (XIII) de diciembre 12 de 1958, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Tratado Antártico, Washington D. C., diciembre 1° de 1959.

Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París, julio 29 de 1960.

Resolución 1514 (XV) de diciembre 14 de 1960, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Regulations on the Procedure of International Conciliation, The Institute of International Law, Session of Salzburg, 11 September 1961.

Resolución 1803 (XVII) de diciembre 14 de 1962, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, mayo 21 de 1963.

Tratado sobre la prohibición de pruebas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua, Moscú, agosto 5 de 1963.

Resolución 1991 A (XVIII) de diciembre 17 de 1963, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Proyecto de artículos al Derecho de los Tratados con comentarios, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas en su 18ª Sesión de mayo 4 a julio 19 de 1966 y sometido a la Asamblea General como parte del Reporte del trabajo de la Comisión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en Resolución 2200 A (XXI), diciembre 16 de 1966.

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, Londres, Moscú y Washington, enero 27 de 1967.

Tratado para la prohibición de armas nucleares en América Latina y el Caribe, México D.F., febrero 14 de 1967.

Resolución 1346 (XLV) de 1968, adoptada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de Naciones Unidas.

Convención africana sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales, Argel, septiembre 15 de 1968.

Resolución 2398 (XXIII) de diciembre 3 de 1968, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, mayo 23 de 1969.

Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en caso de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969.

Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Bruselas, noviembre 29 de 1969.

Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de octubre 24 de 1970, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución 2749 (XXV) de diciembre 17 de 1970, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves, Ramsar, Irán, febrero 2 de 1971.

Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, Bruselas, diciembre 18 de 1971.

Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, Nueva York, marzo 29 de 1972.

Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies, C (72) 128, May 26 1972.

Convención para la conservación de las focas antárticas, Londres, junio 1º de 1972.

Declaración de Estocolmo para la Preservación y Mejoramiento del Medio Humano de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, junio 5 a 16 de 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, Londres, noviembre 13 de 1972.

Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural y Natural, UNESCO, París, noviembre 16 de 1972.

Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington D. C., marzo 3 de 1973.

Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, Londres, noviembre 2 de 1973.

Protocolo relativo a la intervención en Alta Mar en casos de contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, Londres, noviembre 2 de 1973.

Resolución 3163 (XXVIII) de diciembre 14 de 1973, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convenio para la prevención de la contaminación marítima de origen terrestre, París, junio 4 de 1974.

Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Principles concerning Transfrontier Pollution, November 14 1974, Anexo 14 I.L.M. 242, 244.

Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on the Implementation of the Polluter Pays Principle, C (74) 223, November 14 1974.

Acta final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Helsinki, agosto 1° de 1975.

Convenio para la Protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación, Barcelona, febrero 16 de 1976.

Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council on Implementation of a Regime of Equal Right of Access and Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution (with annexed Principles), 17 May 1977, OECD C (77) 28 Final, 16 ILM 977 (1977).

Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, Ginebra, mayo 18 de 1977.

Tratado de cooperación amazónica, Brasilia, julio 3 de 1978.

Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales salvajes, Bonn, junio 23 de 1979.

Convenio relativo a la Conservación de la Vida silvestre y del Medio natural en Europa, Berna, septiembre 19 de 1979.

Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra, noviembre 13 de 1979.

Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II.

Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos, Canberra, mayo 20 de 1980.

Recomendación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) de 1981 relacionada con la Perforación Mar Adentro y Minería dentro de los límites de la jurisdicción nacional.

Decisión 10/21 de mayo 31 de 1982, adoptada en la Décima Sesión del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Report of the Sixtieth International Law Association Conference, Montreal, 29th August – 4th September 1982.

Resolución 7/7 de octubre 28 de 1982, *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982.

Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Anexo VI a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, diciembre 10 de 1982.

Convención de Cartagena para la Protección y Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe, Cartagena, marzo 24 de 1983.

Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, Ginebra, noviembre 18 de 1983.

Compromiso Internacional sobre Recursos Genéticos, Roma, noviembre 23 de 1983.

Resolución 38/161 de diciembre 19 de 1983, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Green Paper COM (93) de la Comisión de la Unión Europea, en Consejo de Regulación (EEC) (Programa de Acción para el Medio Ambiente) No. 1872/84 de junio 28 1984.

Declaración Ministerial de la Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte, Bremen, noviembre 1º de 1984.

Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Viena, marzo 22 de 1985.

Council of the European Communities – Directive on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, 27 June 1985.

Convención ASEAN sobre Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, Kuala Lumpur, julio 9 de 1985.

Tratado sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur, Rarotonga, agosto 6 de 1985.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, marzo 21 de 1986.

Metas y Principios de Evaluación de Impacto Ambiental del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), enero 16 de 1987.

Reporte de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Brundtland Report: Our Common Future*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 42/427 de agosto 4 de 1987.

Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, septiembre 16 de 1987.

Resolution on Transboundary Air Pollution, The Institute of International Law, Session of Cairo, 20 September 1987.

Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia sobre la Protección del Mar del Norte, Londres, noviembre 25 de 1987.

Resolución 42/187 de diciembre 11 de 1987, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención para la Regulación de Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, Wellington junio 2 de 1988.

Resolución 43/53 de diciembre 6 de 1988, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución 43/131 de diciembre 8 de 1988, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución 43/196 de diciembre 20 de 1988, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, marzo 22 de 1989.

Decisión 15/27 de mayo 25 de 1989 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) sobre el Criterio de Precaución en el Medio Marino.

Recommendation of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Council Concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, C (89) 88/Final, July 7 1989.

Cuarta Convención ACP-CEE (África, el Caribe y el Pacífico - Comunidad Económica Europea), Lomé, diciembre 15 de 1989.

Resolución 44/207 de diciembre 22 de 1989, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Resolución 44/228 de diciembre 22 de 1989, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Informe de la Tercera Conferencia del Mar del Norte, La Haya, marzo 8 de 1990.

Directiva 90/220 de abril 23 de 1990 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la Liberación Intencional en el Medio Ambiente de Organismos Modificados Genéticamente.

Declaración Ministerial sobre Desarrollo Sostenible en la Región de la Comunidad Económica Europea, Bergen, Noruega, mayo 16 de 1990.

Declaración de Dublín del Consejo Europeo sobre el Imperativo Medioambiental, junio 16 de 1990.

Decisión II/5 (incumplimiento), Reporte de la Segunda Reunión de las Partes del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, UNEP/OzL.Pro.2/3 de junio 29 de 1990.

Enmienda del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, adoptada en Londres en junio 29 de 1990.

Resolución 45/221 de diciembre 21 de 1990, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Caring for the Earth: A Strategy for Sustainable Living, adoptado por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUNC), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial para la Vida Silvestre (WWF), Gland, Suiza, 1991.

Convención sobre la Prohibición de la importación a África y la fiscalización de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos dentro de África, Bamako, Malí, enero 29 de 1991.

Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, Espoo, Finlandia, febrero 25 de 1991.

Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Asunción, marzo 26 de 1991.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, Abuja, Nigeria, junio 3 de 1991.

Protocolo del Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia de 1979 relativo a la lucha contra las emisiones de compuestos orgánicos volátiles o sus flujos transfronterizos, Ginebra, noviembre 18 de 1991.

Yearbook of the International Law Commission, 1992, Vol. II (2).

Mercado Común del Sur –Mercosur –Grupo de Mercado Común, resolución No. 22/92, MERCOSUR/GMC/RES No. 22/92.

Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, aprobada en la sesión del Consejo celebrada a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno en enero 31 de 1992 (U.N. Doc S/23500).

Decisión 7, par. 35, del Consejo de Administración de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas durante su Tercera Sesión en la 18ª reunión de noviembre 28 de 1991 y revisada en la 24ª Reunión de marzo 16 de 1992.

Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, Helsinki, marzo 17 de 1992.

Convenio sobre la Protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, Helsinki, marzo 18 de 1992.

Convención sobre la Protección del Medio Marino en el área del Mar Báltico, Helsinki, abril 9 de 1992.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, mayo 9 de 1992.

Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992).

Agenda 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I), Anexo 2 (1992).

Declaración de principios para un consenso global sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 3 a 14 de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. III), Anexo 3 (1992).

Convenio sobre Diversidad Biológica, Río de Janeiro, junio 5 de 1992.

Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional por Consecuencias Nocivas de Actos No Prohibidos por el Derecho Internacional, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 44º período de sesiones, julio 24 de 1992.

Convención para la Protección del Medio Marino del Atlántico del Noreste (OSPAR), París, septiembre 22 de 1992.

Resolución 47/37 de noviembre 25 de 1992, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Protocolo al Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1969, Londres, noviembre 27 de 1992.

Resolución 47/191 de diciembre 22 de 1992, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, Lugano, Suiza, junio 21 de 1993.

North American Agreement on Environmental Cooperation between The Government of the United States of America, The Government of Canada and The Government of the United Mexican States, September 13 1993, 32 ILM 1480.

Decisión Ministerial de abril 14 de 1994, 33 ILM 1267 (1994) del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

Protocolo al Convenio de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia, relativo a reducciones adicionales de las emisiones de azufre, Oslo, junio 14 de 1994.

Convención de la Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, París, junio 17 de 1994.

Resolución Conf. 9.24 (Rev. CoP14) – Novena Conferencia de los Estados Parte de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres – CITES, realizada en Fort Lauderdale, Estados Unidos, de noviembre 7 a 18 de 1994.

Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, aprobada en la 14ª Sesión Plenaria, celebrada en marzo 12 de 1995, A/CONF.166/9.

Acuerdo sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, Nueva York, diciembre 4 de 1995.

Acuerdo para la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre Conservación y Ordenación de Poblaciones de Peces Transzonales y Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, Nueva York, diciembre 4 de 1995.

Tratado de la creación de zona libre de armas nucleares en el Asia sudoriental, Bangkok, diciembre 15 de 1995.

Tratado de creación de una zona libre de armas nucleares en África, El Cairo, abril 11 de 1996, (aún no se encuentra en vigor).

Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, Nueva York, septiembre 24 de 1996, (aún no se encuentra en vigor).

Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos a la navegación, Nueva York, mayo 27 de 1997.

Convención Conjunta de Seguridad del Combustible Gastado y Seguridad de la Gestión de los Desechos Radioactivos, Viena, septiembre 5 de 1997.

Decisión 1/CP.1, Informe de la Tercera Sesión de la Conferencia de las Partes, Kyoto, diciembre 1 a 11 de 1997.

Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, Kyoto, diciembre 11 de 1997.

Protocolo de la Comunidad Europea sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Aarhus, Dinamarca, junio 24 de 1998.

Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, Aarhus, Dinamarca, junio 25 de 1998.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, julio 17 de 1998.

Resolución 53/202 de diciembre 17 de 1998, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Banco Mundial, Directiva Operacional 4.01 sobre Evaluación Ambiental, enero de 1999.

Protocolo sobre el Agua y la Salud al Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, Londres, junio 17 de 1999.

Protocolo al Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, diciembre 10 de 1999.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio de Diversidad Biológica, Montreal, enero 29 de 2000.

Declaración del Milenio, Resolución A/RES/55/2 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 8ª Sesión Plenaria, septiembre 8 de 2000.

Convenio sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, Estocolmo, mayo 22 de 2001.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de abril 23 a junio 1° y de julio 2 a agosto 10 de 2001 y por la Resolución 56/83 de diciembre 12 de 2001 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Acuerdos de Bonn sobre la Implementación del Plan de Acción de Buenos Aires, Decisión 5/CP.6, Informe de la Segunda Parte de la Sexta Sesión de la Conferencia de las Partes, Bonn, julio 16 a 24 de 2001.

Resolución 1373 (2001), adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª Reunión, en septiembre 28 de 2001.

Acuerdos de Marrakech, Decisión 15/CP.7, Informe de la Séptima Sesión de la Conferencia de las Partes, Marrakech, octubre 29 a noviembre 10 de 2001.

Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, septiembre 4 de 2002, A/CONF.199/20.

Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, Sudáfrica, agosto 26 a septiembre 6 de 2002, UN Doc. A/CONF.199/20 (2002).

Protocolo sobre la Responsabilidad Civil y la Indemnización en caso de Daños causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales en las Aguas Transfronterizas, Kiev, mayo 21 de 2003 (aún no se encuentra en vigor).

Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, octubre 17 de 2003.

Resolución 59/565 de diciembre 2 de 2004 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*.

Comunicado Conjunto entre Colombia y Ecuador, firmado por los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países (Carolina Barco, por parte de Colombia y Francisco Carrión Mena, por parte de Ecuador), Quito, diciembre 7 de 2005.

Comunicado de prensa de la reunión realizada en Managua en enero 10 de 2007, entre los Presidentes de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, y Ecuador, Rafael Correa.

Declaración Mesoamericana sobre la Sustentabilidad, Ciudad de México, julio de 2007.

"Human Rights and the Environment. Background paper", adoptado por Asia Pacific Forum, Australia, septiembre 24 a 27 de 2007.

Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas, Brasilia, mayo 23 de 2008.

2. Documentos judiciales

a. Corte Internacional de Justicia

- **Decisiones**

Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, p. 4.

Colombian-Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, p. 266.

Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 116.

South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgement, I.C.J. Reports 1970, p. 3.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 175.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 473.

Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 112.

Gabčíkovo –Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

- **Opiniones consultivas**

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 174.

Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996,* p. 226.

- **Documentos procesales**

Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in Nuclear Tests (Australia v. France) *Case, I.C.J. Reports 1995*, p. 288.

Transcription of Public sitting held on Tuesday 12 September 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding in *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in* Nuclear Tests (Australia v. France) *Case, I.C.J. Reports 1995*, p. 288.

Memorial of the Republic of Hungary, in *Gabčíkovo–Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

- **Documentos no oficiales**

International Court of Justice, Press Release, Unofficial, No. 93/20, 19 July 1993.

International Court of Justice, Press Release, Unofficial, No. 2008/5, 1 April 2008.

b. Corte Permanente de Justicia Internacional

The Case of The S.S. Lotus, Collection of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. –No. 10, September 7th, 1927.

Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits), Collection of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A. –No. 17, September 13th, 1928.

c. Tribunal Internacional para el Derecho del Mar

- **Decisiones**

Southern Bluefin Tuna cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases Nos. 3 y 4, Provisional Measures, Year 1999, 27 August 1999.

Case concerning the conservation and sustainable exploitation of swordfish stocks in the south-eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community), International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases No. 7, Year 2000, 20 December 2000.

The MOX Plant case (Ireland v. United Kingdom) Request for provisional measures, International Tribunal for the Law of the Sea, List of cases No. 10, Year 2001, Order of 3 December 2001.

- **Documentos administrativos:**

International Tribunal for the Law of the Sea, Resolution on the Chamber for Marine Environmental Disputes, 28 April 1997.

d. Corte Permanente de Arbitraje

Award of the Tribunal, The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America vs. The Netherlands, Permanent Court of Arbitration, The Hague, 4 April 1928.

e. Órganos judiciales de la Organización Mundial del Comercio

EC –Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, 16 January 1998.

United States –Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Report of the Panel, WT/DS2/R, 29 January 1996.

Australia –Measures Affecting Importation of Salmon, Report of the Panel, WT/DS18/R, 12 June 1998.

United States –Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.

Australia –Measures Affecting Importation of Salmon, Report of the Appellate Body, WT/DS18/AB/R, 20 October 1998.

European Communities –Measures Affecting Asbestos and Asbestos–Containing Products, Report of the Panel, WT/DS135/R, 18 September 2000.

European Communities –Measures Affecting Asbestos and Asbestos–Containing Products, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.

f. Corte Europea de Derechos Humanos

Balmer-Schafroth v. Switzerland case, Reports-IV, European Court of Human Rights, Decision of 26 July 1987.

Powell v. United Kingdom case, (56) 5.4.2000, No. 45305/99, CEDH/ECHR 2000 –V.

g. Tribunales de Arbitramento

Pacific Fur Seals Arbitration, Judgement of 15 August 1893, 1 Moore's International Arbitral Awards 755.

Trail Smelter Case (United States, Canada), Awards of 16 April 1938 and 11March 1941, I.C.J. Reports of International Arbitral Awards, Volume III, 2006, pp. 1905-1982.

Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Arrêt du 16 novembre 1957, C.I.J.: Recueil des Sentences Arbitrales, Volume XII, 2006, pp. 281-317.

h. Paneles de solución de controversias del NAFTA

The Matter of Canada's Landing Requirement for Pacific Coast Salmon and Herring, United States-Canada Binational Panel Review, C. D. A. -89-1807-01, October 16, 1989, FTAPD Lexis 6.

The Matter of Lobsters from Canada, United States-Canada Binational Panel Review, U. S. A. -89-1807-01, May 25, 1990, FTAPD Lexis 11.

IV. Páginas Web

http://csdngo.igc.org/links.htm (consultada en junio 27 de 2008).

http://ec.europa.eu/environment/index_es.htm (consultada en junio 13 de 2008).

http://eelink.net/~asilwildlife/bird_1902.html (consultada en junio 3 de 2008).

http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28062.htm (consultada en junio 13 de 2008).

http://iceac.sarenet.es/indexCastellano.htm (consultada en octubre 29 de 2008).

http://portal2.sre.gob.mx/mesoamerica/ (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (consultada en junio 10 de 2008).

http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/resolucion2625.htm, (consultada en junio 25 de 2008).

http://www.asiapacificforum.net/about/annual-meetings/12th-australia-2007/downloads/acj-reference-on-the-environment/ACJ%20Background%20Paper%20-%20HR%20and%20the%20Environment.pdf (consultada en junio 6 de 2008).

http://www.cancilleria.gov.co/wps/portal/!ut/p/.cmd/cs/.ce/7_0_A/.s/7_0_1PI/_th/J_0_CI/_s.7_0_A/7_0_1PI/_s.7_0_A/7_0_1PI (consultada en noviembre 27 de 2008).

http://www.comunidadandina.org/agenda_ambiental.htm (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www.historiasiglo20.org/TEXT/helsinki1975.htm (consultada en noviembre 27 de 2008).

http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/iwpList2/Home?OpenDocument (consultada en junio 20 de 2008).

http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1961_salz_02_en.pdf (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_03_en.PDF (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www.idi-iil.org/idiF/navig_historique.html (consultada en agosto 8 de 2008).

http://www.ijc.org/en/home/main_accueil.htm (consultada en agosto 11 de 2008).

http://www.iucn.org/ (consultada en septiembre 22 de 2008).

http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/novedades/boletines/ano2005/diciembre/declara_ecu_col.htm (consultada en noviembre 27 de 2008).

http://www.marn.gob.sv/CD1/Gestion/Global/BOSQUECN.HTM (consultada en junio 11 de 2008).

http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html (consultada en junio 9 de 2008).

http://www.osce.org/documents/html/pdftohtml/4044_es.pdf.html (consultada en diciembre 19 de 2008).

http://www-penelope.drec.unilim.fr/Penelope/library/Libs/Int_nal/unep/unep.htm (consultada en octubre 8 de 2008).

http://www.pnuma.org/deramb/montevideo.php (consultada en junio 9 de 2008).

http://www.pnuma.org/recnat/recnat.php (consultada en junio 9 de 2008).

http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/diciembre/18/cicadestudiosobreglifosato.pdf (consultada en noviembre 27 de 2008).

http://www.rae.es/rae.html (consultada en junio 11 de 2008).

http://www.ramsar.org/indexsp.htm (consultada en junio 6 de 2008).

http://www.ser2000.org (consultada en julio 4 de 2008).

http://www.unep.org/ (consultada en junio 9 de 2008).

http://www.unep.org/dewa/Africa/publications/aeo-1/017.htm (consultada en junio 11 de 2008).

http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=67&ArticleID=5743&l=en (consultada en junio 3 de 2008).

http://www.unep.org/Geo/geo3/spanish/049.htm (consultada en junio 9 de 2008).

http://www.unep.org/Law/PDF/UNEPEnvironmental-Law-Guidelines-and-Principles.pdf (consultada en junio 9 de 2008).

www.unep.org/ozone (consultada en junio 3 de 2008).

http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd_mandate.htm (consultada en septiembre 23 de 2008).

http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21sptoc.htm (consultada en junio 11 de 2008).

http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs/2309_planfinal.htm (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.un.org/law/ilc/ (consultada en agosto 8 de 2008).

http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm (consultada en septiembre 23 de 2008).

http://www.un.org/spanish/conferences/cumbre&5.htm (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.un.org/spanish/Depts/dda/ctbtindex.htm (consultada en julio 22 de 2008).

http://www.un.org/spanish/milenio/index.html (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/bkgd.shtml (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/environ.shtml (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.un.org/spanish/secureworld/report_sp.pdf (consultada en julio 4 de 2008).

http://www.uniondenacionessuramericanas.com/ (consultada en diciembre 19 de 2008)

http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/03/20010329.html (consultada en junio 13 de 2008).

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm (consultada en agosto 11 de 2008).

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm, (consultada en junio 10 de 2008).

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm (consultada en octubre 30 de 2008).

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm (consultada en octubre 8 de 2008).

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm (consultada en octubre 29 de 2008).

http://www.zamudio.bioetica.org/debate3.htm (consultada en junio 9 de 2008).

DIEGO URIBE VARGAS

OBRAS DEL AUTOR

Panamericanismo Democrático. Bases para una transformación del sistema continental. Bogotá: Ediciones Nuevo Signo, 1958.

Protection regionale des droits de l´homme. Annuaire de l´association des auditeurs et anciens auditeurs de l´academie de droit international de La Haye No. 28, 1958.

El referéndum. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1967.

Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica,1972.

Política Mundial Siglo XXI. Primera edición: Bogotá: Fundación Friedrich Naumann, 1974. Segunda edición, Bogotá 1977.

Ratificación popular de los tratados públicos. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 1975.

El defensor de los Derechos Humanos. Un proyecto de Ombudsman para Colombia. Bogotá, 1977.

Las Constituciones de Colombia. Primera edición: dos tomos. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1977. Segunda edición: tres tomos. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985.

Temas de Diplomacia y de Historia. Bogotá: Biblioteca Banco Popular, 1980.

Libro Blanco de la República de Colombia. Pretendida denuncia del tratado Esguerra-Bárcenas Por Nicaragua. Bogotá 1980. Publicado igualmente en versión inglesa en 1981.

La tercera generación de derechos humanos y la paz. Primera edición Bogotá: Plaza & Janés, 1983. Segunda edición Bogotá: Plaza & Janés, 1986.

La transformation du systeme interamericain. Tribunaux de jurisdiction Ouverte. Paris: Ediciones A, Pedone, 1984.

Le Groupe de Contadora et la paix en Amerique Centrale. Paris: Editions A. Pedone, 1985.

La troisieme generation des droits de l´homme et la paix. Paris: Editions C.I.E.M, 1985.

Estructura Constitucional para el Cambio. Primera edición Bogotá: Editorial Temis, 1986. Segunda edición, Bogotá: Publicaciones Senado de la República, 1987.

Solución Pacífica de Conflictos Internacionales. La paz es una tregua. Primera edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1987. Segunda edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988.

El Procurador Andino de los Derechos Humanos. Proyecto sub regional para la garantía de los Derechos Humanos. El Parlamento Andino y los Derechos Humanos. Caracas 1988.

Las Nuevas Leyes de 1542 y su actualidad en la América Hispana. Ponencia presentada en la Universidad de Valladolid, 1992.

Hispanoamérica y los postulados de Vitoria en vísperas del siglo XXI. Ponencia presentada a las jornadas iberoamericanas "Salamanca y el derecho de gentes. América y el derecho internacional, pasado y presente" 1992.

Los derechos de los indígenas en las leyes del emperador Carlos V de 1542. Sinopsis de las conferencias dictadas en la Universidad de Valladolid y Salamanca con ocasión del quinto centenario del descubrimiento, 1992.

La Constitución de 1991 y el ideario liberal. Primera edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1992. Segunda edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1995.

Gustavo Uribe Ramírez, precursor de la conciencia ecológica. Bogotá: Tercer Mundo editores, 1995.

El derecho a la paz. Primera edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996. Segunda edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.

Evolución política y constitucional de Colombia. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Agencia Española de Cooperación Internacional. AECI 1996.

El meridiano 82. Frontera marítima entre Colombia y Nicaragua. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colección Relaciones Internacionales 2000.

Mares de Colombia. La acción diplomática que duplicó el territorio nacional. Prólogo de Julio César Turbay Ayala, Ex presidente de Colombia. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colección Relaciones Internacionales 2001.

La paz es una tregua. Solución pacífica de conflictos internacionales. 3ª. Edición. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, UNIBIBLOS, Sección Imprenta 1999. 4ª. Edición: Universidad Nacional de Colombia, UNIBIBLOS, Sección Imprenta 2002.

Los últimos derechos de Colombia en el Canal de Panamá. El Tratado Uribe Vargas-Ozores. Primera edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1993. Segunda edición: Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

La era de la Antártida. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colección Relaciones Internacionales, 2003.

Colombia y la Diplomacia Secreta. Bogotá: Colección Bolsilibros de la Academia de Historia, 1973. Segunda edición. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Academia Colombiana de Historia, 2005.

ÍNDICE DE MATERIAS

Actividades peligrosas 34, 236, 282, 284, 292, 335

Agenda 21 107, 109, 110, 111, 119, 120, 122, 124, 125, 249, 252

Aguas internacionales 172, 222, 256, 259
  Convención sobre 256, 259
  Convenio de Helsinki 222

Antártica 66, 68, 69, 98
  Área común 66
  Focas antárticas 91, 261
  Tratado Antártico 91

Área(s) común(es) 65 - 69, 219, 289, 333

Atmósfera 34, 92, 110, 115, 118, 166, 189, 212, 221, 252, 285, 309
  Agotamiento de la capa de ozono 30, 123, 126, 127, 208, 283, 308
  Protección de la capa de ozono 34, 97, 99, 147, 189, 195, 196, 213, 221, 259, 308, 316, 317
   Convención de Viena para la protección de la capa de ozono 34, 97, 147, 195, 213, 221, 259, 308, 316, 317

Ballenas 36, 90, 160, 98, 256, 261
  Comisión Ballenera Internacional 118, 198
  Convención Internacional para la Regulación de la Caza 90, 160, 256, 261
  Moratoria para la caza comercial 198

Biodiversidad 19, 20, 69, 71, 90, 91, 134, 252, 283, 301, 303, 306
(Ver Diversidad biológica)

Bosques 89, 107, 111, 112, 119, 120, 123, 186, 212, 249, 252, 262, 303, 337

Brundtland Report 37, 38, 176, 247, 252, 253, 255, 256

Cambio climático 19, 20, 40, 49, 61, 71, 107, 114, 115, 116, 119, 147, 182, 186, 189, 198, 210, 214, 216, 217, 220, 221, 239, 256, 259, 262, 268, 287, 301, 302, 309, 316

Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo 85, 86, 96, 106, 107, 109, 118, 119, 214, 216, 238, 245, 247, 257, 258, 267, 272, 297, 327

Comisión de Desarrollo Sostenible 110, 117, 119, 121, 122, 125, 249, 250

Contaminación
Atmosférica 61, 98, 99, 119, 136, 195, 240, 285, 286, 316, 318
Del aire 88, 124, 291, 335
Marina 90, 95, 99, 186, 198, 264, 285, 331
Transfronteriza 145, 146, 149, 161, 190, 237, 240, 241, 244, 281, 287, 291, 327

Cooperación
Características particulares en el derecho internacional ambiental 218
Desarrollo jurisprudencial 223
Estatus jurídico actual 224
Principio 58, 217, 220, 222, 223, 258, 262
Regulación internacional en materia ambiental 98

Corte Internacional de Justicia
Casos con efectos para el derecho internacional ambiental
Canal Corfú (Corfu Channel Case) 55, 57, 92, 157, 163, 223, 242, 321
Pesquerías islandesas (Icelandic Fisheries Cases) 157, 164, 191, 259, 315, 321
Ensayos Nucleares en el Pacífico (Nuclear Test Case)152, 157, 166, 167, 168, 189, 199, 239, 270, 321
Licitud sobre la utilización de las armas nucleares (The Legality of the Threator Use of Nuclear Weapons) 73, 145, 157, 168, 191, 242, 244, 270, 321
Gabčíkovo-Nagymaros 65, 157, 169, 170, 171, 172, 191, 199, 223, 242, 245, 270, 273, 321

Costumbre internacional
Concepto 138, 149
Elementos
Opinio juris 142, 143, 144, 149
Práctica estatal 140, 145
Existencia en el derecho internacional ambiental 31, 51, 82, 144, 146, 147, 153
Existencia en el derecho internacional público 138
Prueba de su existencia 143, 148, 149

Daño ambiental
Concepto 286, 287, 288
Responsabilidad de los Estados 186, 236, 283, 286, 288, 289, 290, 292, 293
Transfronterizo 236

Declaración de Estocolmo
Antecedentes 94, 145, 164, 246
Disposiciones 33, 58, 94, 106, 109, 153, 188, 213, 222, 237, 256, 260, 264, 267, 271
Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano 94

Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo sostenible 153, 233, 252

Declaración de Río
Antecedentes 107, 249
Disposiciones 35, 39, 47, 48, 49, 107, 106, 108, 145, 153, 187, 188, 194, 205, 208, 209, 211, 214, 222, 230, 231, 232, 239, 243, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 256, 258, 261, 263, 265, 266, 280, 292, 304, 316
Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo 86, 96, 106, 107, 118, 119, 214, 216, 238, 245, 247, 257, 258, 267, 272, 297, 327

Derecho internacional ambiental
Concepto 31 - 33, 41 - 44, 51, 65, 72, 80
Desafíos al derecho internacional público 47, 48, 50, 52, 59
Evolución 85, 86, 88, 92, 93, 100, 125, 126, 127, 132, 133, 135, 137, 146, 150, 154, 155, 157, 164, 169, 172, 173, 175, 177, 183, 204, 210, 212, 215, 218, 219, 237, 239, 242, 252, 255, 261, 271, 272, 275, 276, 280, 281, 282, 286, 287, 289, 293, 295, 296, 306
Fuentes 129
Funciones 44, 45, 46, 48
Historia 22, 31, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 44, 45, 46, 48, 51, 58, 61, 64, 66, 68, 69, 79, 82, 111, 139, 244
Instituciones 19, 81, 82, 83
Normas de costumbre internacional 144, 149, 152, 161, 200, 244
Orígenes 19, 20, 21, 41, 43, 62, 65, 81
Principios 153, 182, 185, 186, 192, 193, 194, 195, 199, 206, 207, 208, 214, 216, 217, 225, 231, 233, 234, 235, 243, 245, 270, 274, 288, 290, 327, 329
Solución de controversias 49, 50, 158, 161, 163, 310, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 325, 330, 331, 332, 334, 336
Sujetos 62, 63, 81, 257
Organizaciones no gubernamentales 22, 61, 62, 81, 93, 104, 106, 110, 120, 134, 140, 149, 301
Organizaciones intergubernamentales 106, 114, 119, 120, 221

Desarrollo sostenible
Concepto 48, 49, 101, 103, 107, 112, 173, 183, 247, 253, 254, 265, 271, 333
Cumbre mundial sobre Desarrollo Sostenible 124, 125, 252

Desarrollo jurisprudencial 270, 271, 272
Elementos 45, 254, 255, 257
Estatus jurídico actual 271, 272, 273, 274, 297
Evolución 39, 50, 79, 104, 106, 109, 110, 111, 115, 121, 122, 197, 214, 223, 248, 251, 253, 255, 258, 263, 265, 267
Participación pública 108, 109, 265
Principio o concepto 245, 246, 247, 249, 251, 252, 253, 260, 262
Regulación internacional en materia ambiental 300, 303, 333
Uso sostenible 113, 254, 260, 261, 262, 274

Desechos peligrosos
Movimiento internacional 240, 306, 307, 309
Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos 118, 239, 309
Convención de Bamako de 1991 sobre la Prohibición de la Importación a África 309

Desertificación
Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la Desertificación 147, 262, 264
Convención sobre Desertificación y Sequía 111

Diversidad biológica
Convención 40, 41, 49, 107, 112, 113, 116, 123, 147, 189, 198, 220, 221, 239, 256, 259, 262, 264, 268, 302, 308, 316, 317, 327
Comercio
CITES 97, 112, 137, 189, 198, 221, 256, 297, 316
Comunidad Económica Africana 295, 305, 310
Comunidad Europea 50, 60, 200, 203, 227, 230, 247, 263, 269, 295, 305, 310
Organización Mundial de Comercio 119, 200, 298, 332
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) 295, 300, 310, 333, 334
Protección 50, 71, 110, 113, 114, 119, 124, 126, 127, 189, 198, 221, 256, 261, 262, 264, 302, 307, 308, 333
Valor intrínseco 41

Doctrina
En el derecho internacional ambiental 32, 37, 44, 47, 174, 175, 225
En el derecho internacional público 52, 58, 59, 72, 75, 81, 174, 228

Enfoque de la capacidad asimilativa
Características 195

Evaluación de impacto ambiental 105, 146, 238, 243, 257, 265, 266, 267, 268, 269, 274
(Ver Desarrollo sostenible)

Equidad inter e intrageneracional 253, 254, 255, 256, 257, 259, 270, 271, 272

Gabčíkovo-Nagymaros case 65, 157, 169, 170, 171, 172, 192, 199, 223, 242, 245, 270, 273, 321

Humedales
Convención de Ramsar 92, 239, 262

Lac Lanoux Case 92, 157, 162, 191, 223, 242, 259, 316, 320

Medio ambiente
Concepto 19, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 41
Protección 20, 36, 37, 39, 41, 44, 47, 48, 50, 56, 58, 61, 63, 68, 72, 75, 78, 80, 82, 83, 87, 92, 93, 100, 101, 102, 104, 107, 108, 122, 125, 126, 132, 133, 135, 136, 137, 147, 150, 153, 168, 169, 172, 173, 175, 176, 186, 188, 191-197, 206, 207, 213, 218, 220, 222, 223, 225, 232, 236, 245, 248, 251, 253, 254, 256, 257, 258, 260, 263, 264, 270, 271, 281, 297, 302 - 305, 307, 310, 319, 321, 322, 327, 329, 331, 335
Medio ambiente marino 102, 147, 196, 198, 202, 331
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 34, 67, 102, 118, 147, 166, 190, 213, 221, 239, 261, 268, 284, 287, 314, 316, 320, 330, 331
Convención OSPAR 196, 231, 314, 320

Organización de Naciones Unidas
Carta 23, 52, 53, 58, 76, 78, 79, 89, 139, 168, 217, 218, 234, 235, 238, 278, 314, 326, 328, 329

Pacific Fur Seals Arbitration 88, 157, 158, 190, 255, 320

Países en vías de desarrollo 29, 49, 50, 69, 93, 98, 101, 107, 108, 109, 112, 114, 115, 116, 153, 203, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 220, 229, 232, 246, 250, 251, 252, 254, 258, 259
(Ver Desarrollo sostenible)
(Ver Principio de responsabilidad común pero diferenciada)

Países industrializados 93, 94, 95, 118, 120, 121, 153, 209, 211, 212, 213, 240, 254, 258
(Ver Desarrollo sostenible)
(Ver Principio de responsabilidad común pero diferenciada)

Principios
Concepto 150, 151, 152
Derecho internacional público 45, 54, 55, 56, 57, 59, 150, 156, 180, 181
Existencia en el derecho internacional ambiental 33, 100, 146, 152, 153, 154, 186, 214, 244

Principio contaminador-pagador
Antecedentes 225, 227, 228
Concepto 225, 232
Estatus jurídico actual 146, 232, 233
Evolución 226, 230

Excepciones 229, 230
Regulación internacional 227, 230, 231

Principio de precaución 47, 105, 109, 115, 172, 173
Carga de la prueba 203
Como norma de costumbre internacional 205, 206
Concepto 187, 193, 194, 195, 197, 205, 327
Desarrollo jurisprudencial 199, 201
Estatus jurídico actual 206, 327
Evolución 198, 201, 202, 204
Interpretaciones y posiciones 202, 203, 333
Incertidumbre científica 193, 195
Regulación internacional 195, 196, 197, 204

Principio de prevención
Concepto 185
Desarrollo jurisprudencial 190, 191, 192
Estatus jurídico actual 192
Evolución 163, 185, 186, 187, 189
Regulación internacional en materia ambiental 185, 186, 187, 189

Principio de responsabilidad común pero diferenciada
Concepto 108, 207, 208, 211
Elementos 208, 209, 210
Objetivos 208, 215
Estatus jurídico actual 146, 215
Evolución 115, 208, 209, 210, 211, 215, 216
Regulación internacional en materia ambiental 49, 115, 213

Prohibición de la contaminación transfronteriza
Concepto 240
Desarrollo jurisprudencial 161, 241, 287, 327
Estatus jurídico actual 146, 241
Evolución 241
Principio 327

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente 40, 97, 98, 111, 114, 120, 134, 198, 287

Protocolo de Kyoto
Antecedentes 116, 127, 212
Marco jurídico 216
Compromisos 117, 212, 215, 301, 309, 318
(Ver principio de responsabilidad común pero diferenciada)

Comercio de emisiones de gases de efecto invernadero 115, 117, 118, 120, 212, 215, 262

Responsabilidad
Causales de exoneración 284
Elementos 208, 209, 210
Objetiva 278, 280, 285, 292
Comisión de Derecho Internacional de la ONU 60, 73, 130, 148, 171, 173, 175, 276, 277, 278, 279, 280, 289, 291
Subjetiva 278, 280, 285, 292
Tipos 284
Por daños ambientales 275, 278, 280, 284, 285, 286, 288, 331

Soberanía 20, 23, 25, 29, 42, 52 - 59, 65, 66, 68, 70, 72, 74, 76, 81, 82, 100, 162, 163, 175, 187, 188, 234, 235, 237, 238, 239, 243, 244, 324

Soft Law
Concepto 177, 178, 179, 273, 298
Efectos 179, 180, 181
En el derecho internacional ambiental 33, 150, 182, 183, 184, 207, 239, 272, 327
En el derecho internacional público 32, 44, 241, 271, 298

Solución de controversias
Características generales 314
Métodos 315
Arbitramento 319
Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental 336
Corte Internacional de Justicia 54, 55, 65, 72, 73, 80, 92, 114, 119, 129, 130, 134, 139, 140-146, 150-158, 163-169, 172, 173, 174, 176, 181, 184, 185, 191, 192, 199, 200, 206, 223, 242, 243, 259, 270, 274, 315, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 330, 337
Corte Penal Internacional 51, 334, 335
Cortes de Derechos Humanos 335
Negociación y consulta 315
Mediación, buenos oficios y conciliación 316
Mecanismos de cumplimiento 318, 336
NAFTA 333
Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio 119, 332
Tribunal Internacional del Derecho del Mar 102, 119, 157, 199, 201, 224, 330, 331, 337

Sustancias peligrosas 105, 197, 309

Trail Smelter Case 144, 148, 154, 157, 160, 241, 243, 244, 281

Tratados

Concepto 64, 129, 130
Elementos 64, 129
Características generales 129, 132, 136
Primeros tratados en materia ambiental 87, 91, 132, 133, 134

Tribunal Internacional para el Derecho del Mar
Casos con efectos para el derecho internacional ambiental
MOX Plant 199, 201, 202, 224, 314, 320
Southern Bluefin Tuna 199, 201, 320