

DERECHO INTERNACIONAL Y DESARROLLO SUSTENTABLE

Alan Boyle**

1. El concepto del desarrollo sustentable

El preámbulo del Programa 21, que es el programa de acción aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, en 1992, se refiere a la necesidad de una "sociedad global para el desarrollo sustentable", y la mayoría de sus disposiciones, junto con los principios establecidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, tienen por objeto la aplicación del concepto. Pero, como se pregunta con razón un autor, ¿puede un término que cuenta con tal apoyo realmente significar algo?¹ ¿Tiene este concepto fundamental un sentido central sólido, o el contenido de la noción de desarrollo sustentable depende más bien del color del cristal con que se mire? Algunas interpretaciones se pueden descartar de inmediato. Ante todo, no hay que confundir desarrollo sustentable con crecimiento cero. Los economistas no tienen reparos en aceptar que, en algunos casos, incluso un crecimiento cero podría no ser sustentable: por ejemplo, el crecimiento cero en la liberación de CFCs (clorofluorocarbonos) no protegerá la capa de ozono. A la inversa, definido en función del PIB, el crecimiento, no es inevitablemente no sustentable, dado que el PIB no es *per se* una medida del consumo de recursos naturales o de la contaminación. Como lo expresa sucintamente un economista especialista en medio ambiente, "Como simple agregado monetario, el PIB no distingue entre diferentes clases de actividad económica, sino que se limita a registrar el total general. Es muy posible que el PIB aumente utilizando menos recursos y generando menos contaminación, si el *contenido* del crecimiento se aparta de las actividades que degradan el medio ambiente".² A manera de ejemplo de esta clase de crecimiento favorable para el medio ambiente, cabe citar el reemplazo del carbón o del petróleo por plantas a base de gas o de energía nuclear y, en general, el uso de los recursos naturales o de la energía en forma ambientalmente más eficiente tiene mayores probabilidades de promover el crecimiento económico, y no de retardarlo.

En consecuencia, cualquier otra cosa que signifique, el desarrollo sustentable no implica necesariamente una política de crecimiento cero. Por lo demás, la

* Agradezco a Safiya Ali de mi curso de LL.M de 2003 por su ayuda en la revisión y la actualización del texto de este artículo. Una versión anterior fue publicada en Boyle y Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development* (Oxford, 1999), Cap.1.

¹ Jacobs, *The Green Economy* (London, 1991), 59. Ver en general Redclift, *Sustainable Development: Exploring the Contradictions* (London, 1987); Reid, *Sustainable Development* (London, 1995); Moffat, *Sustainable Development: Principles, Analysis and Policies* (London, 1995), especialmente Cap.3; Goldin and Winters (eds.), *The Economics of Sustainable Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, Cambridge, 1995)

² Jacobs, *op.cit.*, p. 54.

Declaración de Río no contempla la posibilidad es este resultado. Esta reitera firmemente el derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos de acuerdo con sus propias políticas ambientales y de desarrollo, aunque sujetos a la responsabilidad de protección ambiental transfronteriza; reafirma el derecho al desarrollo, aunque para satisfacer equitativamente las necesidades de la generación actual y de las futuras y clama por un 'sistema económico internacional abierto que conduzca al crecimiento económico y al desarrollo sustentable de todos los países'.

Una interpretación más plausible es que el desarrollo sustentable implica una solución de transacción entre el medio ambiente natural y el crecimiento económico. Indudablemente, el concepto contiene un elemento de transacción. Así, como ya señalamos, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo definió el término remitiéndose a la satisfacción de las necesidades actuales "sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades".³ Por esa razón, la integración de la protección del medio ambiente y el desarrollo económico era un objetivo importante de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, expresado en el Principio 4 de la Declaración de Río. Gran parte del Programa 21, y del derecho internacional ambiental se ha relacionado con el logro de esta integración; obviamente, una política de crecimiento económico que no tenga en cuenta consideraciones ambientales, o a la inversa, reunirá los requisitos del desarrollo sustentable. Pero, considerar que el desarrollo sustentable equivale a una solución de transacción entre fines igualmente deseables no explica la naturaleza de la sustentabilidad ni la del desarrollo, y no nos entrega ningún criterio para determinar los parámetros y el fin último de esta integración entre desarrollo y medio ambiente. Tampoco nos indica cuáles serán las necesidades de las generaciones futuras.⁴

Desde cierto punto de vista, el desarrollo sustentable implica no solo limitar la actividad económica para preservar y proteger el medio ambiente, sino abordar el desarrollo con un enfoque que enfatiza la importancia fundamental de la equidad dentro del sistema económico. Esta equidad es a la vez intrageneracional, en el sentido de que persigue corregir el desequilibrio en materia de riqueza y desarrollo económico entre el mundo desarrollado y el mundo en desarrollo dándole prioridad a las necesidades de los pobres,⁵ como intergeneracional, en el sentido de que busca una justa distribución de costos y beneficios a través de las generaciones.⁶ En otros términos, el desarrollo sólo será 'sustentable' si beneficia a los desfavorecidos, sin postergar las necesidades del futuro. Estos puntos se exponen claramente en los Principios 3-9 de la Declaración de Río, y en las Convenciones sobre el Cambio

³ Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (WCED), *Nuestro Futuro Común*, p. 43. Comparar definición de desarrollo sustentable de la FAO's: "el manejo y la conservación de la base de recursos naturales, así como la orientación del cambio tecnológico e institucional de manera tal que se garantice de forma permanente la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Este tipo de desarrollo conserva la tierra, el agua, los recursos genéticos vegetales, es ambientalmente no degradante, técnicamente apropiado, económicamente viable y socialmente aceptable."

⁴ Ver con más detalle, infra, sección 4 (d).

⁵ (WCED) Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, pp. 44-5; Declaración de Río, Principio 5.

⁶ Declaración de Río, Principio 3.

Climático y la Biodiversidad. Lo característico de todos estos instrumentos es su compromiso con la protección de los intereses de las generaciones futuras (una noción intrínsecamente problemática),⁷ y de los países en desarrollo. Estos últimos se benefician de modo más inmediato con el acceso al financiamiento y la creación de capacidad a través del Fondo Mundial para el Medioambiente y otras fuentes,⁸ con el acceso a los beneficios derivados de la explotación de sus propios recursos genéticos y la transferencia de tecnología,⁹ y con el reconocimiento de que en un sistema de 'responsabilidades comunes pero diferenciadas' los países desarrollados tienen mayor responsabilidad de garantizar el desarrollo sustentable 'en vista de las presiones que ejerce en sus sociedades en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen'.¹⁰ Por lo tanto, se supone que el 'desarrollo sustentable' no sólo sirva para responder a las necesidades del medio ambiente, sino que implica reorientar el sistema económico mundial en el cual la carga de la protección ambiental recaerá con mayor fuerza en los países desarrollados del norte y los beneficios económicos se concentrarán más significativamente en el sur subdesarrollado, para beneficio común de todos.

Otro elemento del desarrollo sustentable, sin embargo, es "una noción de bienestar económico que reconoce los componentes no financieros",¹¹ en particular, la calidad del ambiente, la salud, y la preservación de la cultura y de la comunidad. Algunas de estas preocupaciones se observan en el Principio 1 de la Declaración de Río, que sitúa a los seres humanos en 'el centro de las preocupaciones para el desarrollo sostenible, y proclama su derecho a 'una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza', pero especialmente, en acuerdos internacionales tales como la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, de 1972,¹² que protege áreas como Stonehenge y el Great Barrier Reef. Asimismo, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección Ambiental, de 1991¹³, designa a la Antártica como un Área Especial de Conservación y reconoce su 'valor intrínseco', incluidos los valores de estéticos y de la "vida silvestre". Sin embargo, la Declaración de Río es en cierto modo menos "ecocentrista" que su predecesora de 1972 y no se refiere expresamente a dichos valores o a la conservación de la vida silvestre y del hábitat.

En consecuencia, el desarrollo sustentable no sólo se preocupa del limitado campo de las necesidades económicas, sino que abarca una perspectiva ambiental más amplia. Definido en estos términos, el desarrollo sustentable no ha sido hasta ahora un objetivo para los países industrializados o en desarrollo, y para lograrlo se requiere apartarse bastante de la antigua política económica mundial. Esto resulta

⁷ Ver infra, sección 4 (d).

⁸ 33 ILM (1994), 1273. Las recomendaciones de la Conferencia de Río están en el *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, UN Doc. A/Conf.151/26/Rev.1 (1992), v.1, Cap. 33.

⁹ Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, Artículos 12, 15, 16, 19; 1992 Convención sobre Cambio Climático, Artículos 4 (2) y (3).

¹⁰ Declaración de Río, Principio 7, y ver de modo general la Convención sobre Cambio Climático de 1992.

¹¹ Jacobs, *supra* n. 1 en 60.

¹² ILM 11 (1972), 1358

¹³ ILM 30 (1991), 1461.

más evidente en los Estados Unidos, donde menos del 5% de la población del mundo consume anualmente más del 30% de la producción mundial de energía. A los países en desarrollo, no sólo les cuesta asegurar un equilibrio más equitativo del consumo que ejercen sobre sus propios recursos, sino que el control de sus recursos naturales y políticas ambientales puede verse significativamente limitado por el endeudamiento externo y la consiguiente dependencia de la explotación de los recursos a corto plazo, en que influyen los patrones del comercio internacional dentro del sistema de la OMC. Es en este contexto que el hecho de que el sistema actual de la OMC no tome más en cuenta las preocupaciones ambientales o los intereses relacionados con el desarrollo de los países en desarrollo se puede convertir en un freno estructural a la aplicación de las políticas adoptadas en Río en 1992.¹⁴

Otros obstáculos estructurales son de carácter tecnológico y científico. No hay que partir de la base de que los científicos son capaces de identificar todas las consecuencias ambientales adversas de la actividad económica e industrial, ya sea ahora o en el futuro, ni de proveer soluciones técnicas. Más bien, un concepto de sustentabilidad debe tener plenamente en cuenta las limitaciones del conocimiento y de los pronósticos científicos al evaluar los riesgos ambientales.¹⁵

Para lograrlo, el desarrollo sustentable exige acción política, y posiblemente a primera vista sea más fácil alcanzarlo en algunos sistemas que en otros. Mientras que cierto grado de dirigismo autoritario puede parecer atractivo cuando se requieren fuertes controles ambientales, la verdad es que hasta ahora, sociedades totalitarias como la Unión Soviética, China, o los ex regímenes comunistas de Europa oriental han demostrado ser muchísimo menos capaces de manejar su medio ambiente y de evitar desastres ambientales que las democracias participativas. No es una coincidencia que tanto la revolución democrática soviética como la húngara del período 1989-1991 pueden relacionarse directamente con las consecuencias ambientales del accidente de Chernobyl y la controversia sobre la presa de Gabčíkovo-Nagymaros, ni resulta sorprendente que el desastre de Bhopal haya fortalecido enormemente el énfasis que atribuyen actualmente los tribunales indios a los derechos humanos y a los litigios de interés público sobre temas medioambientales.¹⁶ La evaluación del impacto ambiental, el acceso a la información y la participación pública en la formulación de políticas nacionales y la gobernabilidad ambiental interna son por esta razón uno de los elementos más importantes de la Declaración de Río.¹⁷ El desarrollo sustentable tiene que ver tanto con los procesos como con los resultados, y es posible que para los abogados este sea el punto clave que deben comprender.

¹⁴ Ver Schoenbaum, en Birnie and Boyle, *International Law and the Environment* (2nd edn., Oxford, 2002), Cap. 14.

¹⁵ Ver la Declaración de Río, Principio 15, el 'principio precautorio'.

¹⁶ Ver *Mullin v. Union Territory of Delhi*, AIR 1981 SC 746; *Rural Litigation & Entitlement Kendra v. State of Uttar Pradesh*, AIR 1985 SC 652 y AIR 1987 SC 359; *T. Damodhar Rao v. Municipal Corp. of Hyderabad*, AIR 1987 AP 171; *Charan Lal Sahu v. Union of India*, (1986) 2 SCC 176; *Subhash Kumar v. State of Bihar*, AIR 1991 SC 420. Ver Anderson, en Boyle y Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Oxford, 1996), Cap.10.

¹⁷ Ver Principios 10 y 17.

Así pues, la noción de desarrollo sustentable es, intrínsecamente compleja y su aplicación obliga a los gobiernos a pensar de manera relativamente diferente a lo que han estado habituados. Las opciones sociales, políticas y económicas abundan: qué importancia debe atribuirse a la explotación de recursos naturales por encima de la protección de la naturaleza, al desarrollo industrial sobre la calidad del aire y de las aguas, al ordenamiento del uso de la tierra sobre la conservación de los bosques y los humedales, al consumo de energía sobre los riesgos de cambio climático, y así sucesivamente. Esto podría conducir a amplias divergencias políticas y de interpretación, ya que los diversos gobiernos y organizaciones internacionales persiguen sus propias prioridades y hacen sus propios juicios de valor, moderados sólo en cierta medida por los acuerdos internacionales sobre temas tales como el cambio climático y la conservación de la diversidad biológica. Sólo algunos gobiernos, como el de Nueva Zelanda, han legislado específicamente en materia de desarrollo sustentable.¹⁸ Pero, a pesar de los llamamientos de integración que formula la Declaración de Río, muchos otros gobiernos abordarán la materia de manera poco sistemática, con inevitable incoherencia.

Aunque uno de los papeles del derecho internacional ambiental es darle un contenido más concreto al concepto de desarrollo sustentable, principalmente mediante tratados ambientales multilaterales, este proceso dista mucho de haberse completado. En todo caso, la naturaleza del "desarrollo sustentable" es tal que no puede definirse en una forma que sea útil;¹⁹ a lo sumo, el derecho internacional puede facilitar su aplicación en situaciones concretas, tales como la conservación de los recursos pesqueros de alta mar, o el comercio del marfil de elefante, o la división de los cursos de agua compartidos, y así sucesivamente, como veremos en los capítulos siguientes. El desarrollo sustentable nos entrega un concepto unificador para la explotación de los recursos naturales y la integración del medio ambiente y el desarrollo. Sin embargo, no abarca la totalidad del derecho internacional ambiental. En las siguientes secciones, analizaremos más a fondo los contornos y las implicaciones jurídicas del concepto, así como la codificación y el desarrollo de ciertos principios de derecho internacional relativos al desarrollo sustentable y a la protección del medio ambiente por la Declaración de Río.

2. La Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992

La Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo de 1992²⁰ ha influido de manera significativo en muchos aspectos de la creación de derecho. Más aún, pareciera ser uno de los "numerosos instrumentos" que establecen nuevas normas

¹⁸ Resources Management Act de 1991

¹⁹ Ver especialmente Lowe, en Boyle and Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Cap.2

²⁰ Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, I, (1992) UN Doc.A/CONF.151/26/Rev.1. Para *Informes del Comité Preparatorio*, ver UN Doc. A/CONF.151/PC/L.31, Anexo (1991); A/CONF.151/PC/78 (1991); A/CONF.151/PC/WG 111.2 (1991); A/CONF.151/PC/WG 111/L5, L6, L8/Rev. 1, L.20-28 (1991-2). Acerca de la Declaración ver Sand, "UNCED and the Development of International Environmental Law" (1992) 3 *YbIEL*, p. 3; Mann, *The Rio Declaration* (1992) *Proc. ASIL*, p. 405; Pallemmaerts, en Sands (ed.), *Greening International Law* (London, 1993), pp. 1-19.

de derecho internacional ambiental a que se refiere la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo a la presa de Gabčíkovo-Nagymaros*,²¹ y en la cual el tribunal se basó explícitamente en su *Opinión Consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares*.²² La Declaración es parte de un proceso en marcha de codificación y desarrollo del derecho internacional ambiental, aunque otros autores también la han considerado un hito que señala la transición desde el derecho internacional ambiental y el derecho internacional económico hacia un derecho internacional del desarrollo sustentable.²³

Tres elementos le otorgan a la Declaración de Río una significativa autoridad e influencia en la articulación y desarrollo del derecho internacional contemporáneo relativo al medio ambiente y el desarrollo sustentable. Primero, a diferencia de la antigua Declaración de Estocolmo de 1972, en la mayoría de los casos su redacción es de carácter imperativo. Aunque algunos principios usan las palabras 'los Estados deberían...', la mayoría comienza con la orden de que 'Los Estados deben...'.²⁴ Existen muy pocas dudas de que muchos de sus cuidadosamente redactados términos pueden ser creadores de normas y estuvieron potencialmente a destinados a hacerlo o establecen los parámetros para el desarrollo posterior del derecho. La Asamblea General de las Naciones Unidas hizo suya la Declaración al referirse a que contiene 'principios fundamentales para el logro del desarrollo sustentable, basados en una nueva y equitativa sociedad global'; también pidió a la Comisión sobre Desarrollo Sustentable y al Secretario General de las Naciones Unidas que promovieran la incorporación de los principios de la declaración en la implementación del Programa 21 y en los programas y procesos de las Naciones Unidas, e instó a los gobiernos a promover su amplia difusión.²⁵

En segundo lugar, sus veintisiete principios representan una especie de 'acuerdo global', negociado por consenso, similar a la CONVEMAR de 1982,²⁶ y que deben considerarse en su conjunto. Por esta razón, se ha dicho que la Declaración de Río es: 'un texto de precarios acuerdos, intereses equilibrados delicadamente y contradicciones apenas discernibles, unidos por la característica vaguedad interpretativa clásica del lenguaje de las Naciones Unidas'.²⁷

²¹ Caso Relativo a la Represa Gabčíkovo-Nagymaros (1997), ICJ Reports, p. 7.

²² Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso o Amenaza de Uso de Armas Nucleares (1996), ICJ Reports, p. 226.

²³ Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development", (1994) 65 *BYbIL*, p. 303; Lang (ed.) *Sustainable Development and International Law* (London, 1995), p. 275.

²⁴ Sobre la diferencia entre 'debería' y 'debe' ver Nordquist (ed.) *UNCLOS 1982: A commentary* (Dordrecht, 1993), II, pp. xlv-xlvi.

²⁵ Asamblea General, Res. 47/190 y 191 (1992) y 48/190 (1993).

²⁶ Sobre el carácter de *package deal* del consenso de la Tercera Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar, ver Resoluciones de la Asamblea General 2750 XXV (1970) y 3067 XXVIII (1973); y el *Texto Oficial de la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982* (New York, 1983), Introducción, pp.XIX-XXVII, y el Acta Final. Ver también Buzan, "Negotiating by Consensus" (1981) 75 *AJIL* pp. 324-48 y Caminos y Molitor, "Progressive Development of International Law and the Package Deal", (1985) 79 *AJIL* p. 871. Sobre las negociaciones de Río ver Adede, en Campiglio *et al*, *The Environment After Rio*, (London, 1994) pp. 3-14; Johnson (ed.) *The Earth Summit* (London, 1993) e informe en (1992) 22 *EPL* pp. 204-225.

²⁷ Porras, en Sands (ed.), *Greening International Law*, p. 20.

En consecuencia, algunas de sus disposiciones son un reflejo de los Estados desarrollados, como los Principios 4 (integración entre protección ambiental y desarrollo), 10 (participación pública), 15 (enfoque precautorio) y 17 (evaluación del impacto ambiental). Otros fueron apoyados más firmemente por los Estados en desarrollo, entre los que se incluyen el Principio 3 (derecho al desarrollo), los Principios 6 y 7 (las necesidades particulares de los Estados en desarrollo y la responsabilidad común pero diferenciada) y los Principios 5 y 9 (el alivio de la pobreza y la creación de capacidad). Un ejemplo que ilustra el carácter de acuerdo global ("package deal") de la Declaración es la combinación de los Principios 3 y 4, que unidos constituyen el núcleo central del principio de desarrollo sustentable. A lo largo de toda la declaración, la preocupación principal, y de quienes la negociaron fue integrar las necesidades de desarrollo económico y de protección del medio ambiente en un conjunto, aunque no totalmente coherente. Las implicaciones de esta interdependencia también resultan evidentes en el concepto de 'responsabilidad común pero diferenciada' a que se refieren el Principio 7 y la Convención sobre Cambio Climático.²⁸

En tercer lugar, la Declaración refleja un consenso real entre los Estados desarrollados y en desarrollo respecto de la necesidad de normas acordadas en común sobre protección internacional del medio ambiente. Pese a ciertas reservas de parte de los Estados Unidos,²⁹ los principios y normas contemplados en la Declaración tienen importancia universal y no pueden desestimarse atribuyéndolos al trabajo de un segmento de la sociedad internacional.³⁰ Por primera vez es posible señalar que hay un consenso verdaderamente internacional sobre algunos principios centrales del derecho y de la política respecto de la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

Cabe además señalar algunos puntos que no fueron abordados por la Declaración de Río, principalmente debido a la insistencia de los países en desarrollo. Desde luego, no se reitera el derecho humano a un medio ambiente aceptable a que se refiere el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo. La Declaración de Río es explícitamente antropocéntrica (Principio 1) y no se refiere a los derechos de los animales ni a la preservación del patrimonio natural. No se ocupa de los delitos ambientales. Respecto de la responsabilidad por daño ambiental, simplemente reitera la necesidad de desarrollar el derecho (Principio 13). Más aún, curiosamente los Principios 12, relativo a la política de comercio y 16 que establece que el que contamina paga, están expresados más como aspiración que como obligación, ya que en estos asuntos económicos, el compromiso es algo más débil de lo que habrían deseado los Estados desarrollados.

²⁸ Ver Birnie y Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 100-2.

²⁹ Estados Unidos se unió al consenso pero sujeto a reservas con respecto a los Principios 3, 7, 12, y 23. Ver UN Doc A/CONF. 151/26/Rev.1 (Vol. II) (1993), párrafo 16.

³⁰ Para la posición adoptada por los países en desarrollo en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo ver: *South Centre, Environment and Development: Towards a Common Strategy of the South UNCED Negotiations and Beyond* (Geneva, 1991); Mensah, en Campiglio et al, *The Environment after Rio*, pp. 33-54; Griffith, "The South and the UNCED" (1992) 18 *Ocean & Coastal Management*, p. 55.

A pesar de estas salvedades, en general la Declaración de Río es positiva. Sería demasiado pesimista considerar que es un retroceso en el desarrollo del derecho internacional ambiental.³¹ Al contrario, la Declaración ha articulado las expectativas comunes de los Estados desarrollados y en desarrollo y ha reunido parte importante del derecho nuevo con el existente. Como señala Freestone: "En otras palabras, ha surgido un sistema de derecho internacional ambiental, en vez de simplemente más normas de derecho sobre el medio ambiente".³²

Si es así, quiere decir que los juristas no deben subestimar la Declaración de Río, que probablemente ha contribuido apreciable y significativamente a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional relativo al medio ambiente y al desarrollo sustentable.

3. La Influencia del desarrollo sustentable en el derecho

El papel decisivo del desarrollo sustentable en la evolución del derecho y de las políticas internacionales sobre protección del medio ambiente³³ fue aprobada casi universalmente en la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. No sólo es la base de gran parte de la Declaración de Río sino también de las Convenciones sobre el Cambio Climático y la Diversidad Biológica, y del Programa 21, que es el programa de acción aprobado en esa Conferencia.³⁴ El preámbulo del programa se refiere a la necesidad de una 'sociedad global para el desarrollo sustentable', y la mayoría de sus disposiciones apuntan a promover la aplicación del concepto. En realidad, estos mismos conceptos fueron la base de la Declaración de Washington de 1995 y del Programa Mundial de Acción para la Protección del Medio Ambiente Marino de Fuentes Terrestres de Contaminación³⁵ contemplado en el Capítulo 17 del Programa 21.

El concepto de desarrollo sustentable había comenzado a desarrollarse en la Conferencia de Estocolmo, en 1972, y posteriormente fue respaldado expresamente por la Comisión Brundtland y en las declaraciones y planteamientos de política de numerosas conferencias intergubernamentales y organizaciones internacionales, incluida la Carta Mundial de la Naturaleza.³⁶ A partir de Río, numerosos gobiernos han adoptado como política el desarrollo sustentable,³⁷ mientras que su aplicación a

³¹ Comparar Pallemmaerts en Sands (ed.), *Greening International Law*.

³² "The Road from Rio: International Law After the Earth Summit" (1994) 6 *JEL*, p. 193.

³³ Ver Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*; Ginther, Deters y de Waart (eds.), *Sustainable Development and Global Governance* (London, 1995); Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development" (1994) 65 *BYIL* p. 303; McGoldrick, "Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception" (1996) 45 *ICLQ* p. 796.

³⁴ Yankov, en Boyle and Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap 12.

³⁵ UNEP/OCA/LBA/IG.2/L4; (1995) 6 *YbIEL* p. 883. Ver Mensah, en Boyle and Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap 13.

³⁶ Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 37/7 (XXXVII), 22 *ILM* 455 (1983).

³⁷ Ver e.g. CE, 5to Programa de Acción Medioambiental, Com. (92) 23 Final; Reino Unido, Sustainable Development_ The UK Strategy, Cm. 2426 (1994) y el Environment Act de 1995; EEUU, Sustainable America – A New Consensus (1996);

través del Programa 21 es objeto de seguimiento internacional por la nueva Comisión sobre Desarrollo Sustentable.³⁸

El vigoroso compromiso de la comunidad internacional con el concepto de desarrollo sustentable ha tenido un apreciable impacto en la evolución del derecho internacional ambiental existente y en el desarrollo del nuevo derecho. El Principio 27 de la Declaración de Río insta específicamente a un mayor desarrollo del derecho internacional 'en el campo del desarrollo sustentable' y, a solicitud de la Comisión sobre Desarrollo Sustentable, el PNUMA inició en 1995 un estudio del 'concepto, requisitos e implicaciones del desarrollo sustentable y del derecho internacional'.³⁹ El desarrollo sustentable también es un elemento importante en la elaboración de la responsabilidad ambiental global por parte de los instrumentos de Río.⁴⁰ Sin embargo, potencialmente su mayor importancia radica en que por primera vez convierte la gestión de su medio ambiente y sus recursos por el Estado en cuestión de interés internacional de un modo sistemático.

Tanto a nivel global como en el plano nacional el desarrollo sustentable podría haber adquirido la calidad de principio *erga omnes*⁴¹ Sin embargo, no todos los aspectos del derecho relacionados con el desarrollo sustentable son necesariamente relevantes para la protección del medio ambiente, ni todos aspectos del derecho internacional ambiental se ocupan del desarrollo sustentable. Los derechos de los animales, y la conservación de los osos polares, los pandas y otra "mega-fauna carismática" podrían caer en esta última categoría, mientras que las controversias ambientales transfronterizas tampoco plantean necesariamente interrogantes respecto del desarrollo sustentable.

El hecho de que el concepto de desarrollo sustentable esté ya influyendo en el derecho internacional se puede observar en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo a la presa de Gabčíkovo-Nagymaros*, en el cual la Corte se refirió por primera vez a 'esta necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del ambiente [la cual] está expresada acertadamente en el concepto de desarrollo sustentable'.⁴² La decisión de la Corte, como resultado de ello, tiene importantes consecuencias para el derecho internacional de los cursos de agua

Australia, National Strategy for Ecologically Sustainable Development and Intergovernmental Agreement on Environment (1995); Países Bajos, National Environmental Policy Plan and Environment Programme 1997-2000; India, Environmental Action Plan (1993); China, National Agenda 21 (1994); Filipinas, Philippines Agenda 21 (1995) y ver en general los informes nacionales de la Comisión de Desarrollo Sustentable.

³⁸ Ver el mandato de la Comisión en la Resolución de la Asamblea General de la ONU 47/191 (1992)

³⁹ Ver Decisión del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP GC Decisión 18/9 (1995) y Documentos de Trabajo UNEP/IEL.WS/1/2 (1995) UNEP/IEL.WS/2/1 (1995); Informe Final, UNEP/IEL.WS/3/2 (1996).

⁴⁰ Ver Convención marco sobre cambio climático de 1992, Artículo 3; Convención sobre diversidad biológica de 1992, Artículos 8 y 10. Ver también Convención para la lucha contra la Desertificación de 1994, Artículos 4, 5.

⁴¹ Ver la opinión disidente del juez Weeramantry en el *Caso Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra* n. 21, y Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, 1997).

⁴² Ver ICJ Reports (1997), p. 7, párrafo 140; ver Higgins, en Boyle y Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap. 5.

internacionales, y apunta a la modernización del antiguo derecho consuetudinario siguiendo las líneas trazadas por la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de los recursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación⁴³. En sus etapas finales, la redacción de esta Convención fue modificada de manera de tener en cuenta expresamente el principio de la utilización sustentable,⁴⁴ que también es uno de los principios nuevos aplicados a los recursos pesqueros de alta mar por el Acuerdo sobre la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, de 1995.⁴⁵ Tanto la Convención de 1997 como el Acuerdo de 1995 tienen el efecto de redefinir los conceptos jurídicos existentes sobre la utilización equitativa de los recursos compartidos y la libertad de pesca en alta mar.

Sin embargo, aún quedan dudas fundamentales sobre la naturaleza del desarrollo sustentable, que la Declaración de Río no resuelve, pero que tienen relación directa con la pregunta acerca de si el desarrollo sustentable es en algún sentido un principio jurídico.⁴⁶ Si es un principio que ha de ser interpretado, aplicado y alcanzado principalmente a nivel nacional, por los distintos gobiernos, es posible que haya un rol limitado para una definición y perspectiva internacionales. Sin embargo, si ha de existir responsabilidad internacional relativa al logro de la sustentabilidad, ya sea a nivel global o nacional, entonces debe saberse claramente cuáles son los criterios para medir este estándar y cuál es el peso de la prueba en la evaluación del desempeño de los distintos Estados. A pesar de que la Comisión sobre Desarrollo Sustentable cumple una función en la evaluación de los informes nacionales sobre el cumplimiento del Programa 21, y la definición de las políticas futuras,⁴⁷ actualmente no le corresponde pronunciarse sobre si alguna política o acontecimiento específico es o no sustentable, aunque a medida en que cumpla su labor podrán ir aclarándose los parámetros de este principio y los criterios para medirlo. Por ello, a pesar de que es posible identificar los componentes principales del concepto, dista mucho de saberse cuáles son sus consecuencias normativas específicas, o incluso cómo se relacionan entre sí o con el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional económico.⁴⁸

Sin embargo, la discusión sobre influencia del desarrollo sustentable en el derecho existente tiene otro aspecto, que se refiere al problema de la incorporación del desarrollo sustentable dentro del sistema más general del derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia ya enfrentó algunos de estos problemas en el *Caso Relativo a la presa Gabčíkovo-Nagymaros*. La tarea de "incorporar de lleno" las cuestiones ambientales y de sustentabilidad en la labor de organizaciones

⁴³ Ver UN Doc. A/51/869 (1997), e informes anteriores de la Comisión de Derecho Internacional.

⁴⁴ Comparar Artículo 5 del Proyecto de Convención de la CDI, UN Doc. A/CN.4/L492 and Add. 1 (1994) con el Artículo 5 de la Convención de 1997 como se aprobó finalmente.

⁴⁵ Artículos 5 y 6. Ver Freestone, en Boyle y Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Cap. 7, y Edeson, *ibid*, Cap. 8.

⁴⁶ Handl, en Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, 35-43.

⁴⁷ Ver Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 47/191 (1992) - UNGA Res. 47/191 (1992).

⁴⁸ Pero ver Sands, en Boyle and Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap 3, y _McGoldrick, (1996) 45 ICLQ p. 796.

internacionales tales como la FAO, el PNUD, el Banco Mundial, la OMC y los órganos regionales es una empresa igualmente difícil.⁴⁹

4. Los elementos del desarrollo sustentable

El desarrollo sustentable contiene elementos tanto sustantivos como de procedimiento. Los elementos sustantivos se expresan principalmente en los Principios 3-8 de la Declaración de Río. Incluyen la utilización sustentable de los recursos naturales; la integración de la protección ambiental y el desarrollo económico; el derecho al desarrollo; y la búsqueda de la equidad en la asignación de los recursos, tanto en la generación actual como entre ésta y las generaciones futuras (equidad intra e intergeneracional). Ninguno de estos conceptos es nuevo, pero la Declaración de Río los reúne de manera más sistemática. Los principales elementos de procedimiento se encuentran en los Principios 10 y 17 relativos a la participación pública en la toma de decisiones y a la evaluación del impacto ambiental. Nuevamente, nada de esto es nuevo, pero nunca antes estos habían contado con un apoyo tan generalizado.

a. La utilización sustentable

El Principio 8 de la Declaración de Río sólo se refiere a la necesidad de 'reducir y eliminar los patrones no sustentables de producción y consumo'. Sin embargo, la idea de que el desarrollo sustentable involucra imponer algunos límites a la utilización de los recursos naturales puede observarse en las convenciones sobre el cambio climático y la diversidad biológica, y el término 'utilización sustentable' se emplea expresamente en el Acuerdo de 1995 para la Conservación de las Poblaciones de Peces Transzonales y Altamente Migratorios, en la Convención de 1997 sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, y en el Acuerdo Internacional sobre la Madera Tropical de 1994. Los acuerdos anteriores se refieren a un 'rendimiento máximo (u óptimo) sostenible', o a la 'productividad óptima sustentable' y, si bien el significado preciso de estos diversos términos puede no ser el mismo, la idea de aprovechamiento sustentable es común a todos ellos.⁵⁰

En todos estos acuerdos subyace una preocupación por el uso más racional y la conservación de los recursos naturales y el deseo de fortalecer la legislación existente en materia de conservación. A pesar de que es un elemento importante del desarrollo sustentable, la utilización sustentable es un concepto independiente, que se puede entender mejor en el contexto de la evolución del derecho internacional relacionado con la conservación de recursos naturales. El principio

⁴⁹ Sobre el Banco Mundial, ver *Mainstreaming the Environment* (Washington, 1995). Sobre la OMC ver Schoenbaum, "International Trade and Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation" (1997) 91 *AJIL* p. 268; Charnovitz, "The World Trade Organisation and the Environment" (1998) 8 *YbIEL* p. 98.

⁵⁰ La Carta Mundial de la Naturaleza se refiere a la 'productividad sustentable óptima' (en el párrafo I.4); la Convención de Ginebra sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Vivos de Alta mar de 1958 utiliza el término 'rendimiento sustentable óptimo' (artículo 2); la Convención sobre el Derecho del Mar de la ONU de 1982 se refiere al 'máximo rendimiento sostenible' (artículo 61); para una perspectiva científica ver Hilborn, Walters y Ludwig, "Sustainable Exploitation of Renewable Resources" (1995) 26 *Ann.Rev.Ecol.Syst.* pp. 45-67

precautorio, que contempla el principio 15 de la Declaración de Río es también un elemento importante del concepto, de utilización sustentable en evolución, porque aborda la cuestión clave sobre la incertidumbre en el pronóstico de los efectos ambientales.

b. La integración de la protección ambiental y el desarrollo económico

El Principio 4 de la Declaración de Río establece que 'la protección ambiental debe ser parte integrante del proceso de desarrollo y no puede ser considerada independientemente de él'. El requisito de integración está presente en los instrumentos de Río,⁵¹ y el Programa 21,⁵² y se refleja en acuerdos y declaraciones posteriores, incluida la Convención para la lucha contra la desertificación, de 1994⁵³ y la Declaración de Washington sobre la protección del medio ambiente marino de las fuentes terrestres de contaminación de 1995.⁵⁴ La integración también se ha contemplado, aunque no en términos obligatorios, en la Declaración de Estocolmo, de 1972⁵⁵. A partir de entonces se ha incorporado en ciertos acuerdos regionales⁵⁶ y se ha convertido en cuestión de interés para la mayor parte del derecho ambiental nacional. Como hemos visto, la necesidad de integrar la protección ambiental y el desarrollo económico fue uno de los elementos decisivos considerados por la Corte Internacional de Justicia al fallar el Caso Gabčíkovo-Nagymaros.

El propósito del Principio 4 es garantizar que las decisiones sobre desarrollo no pasen por alto las consideraciones ambientales. Esto es fundamental para el concepto del desarrollo sustentable y tiene implicaciones para un amplio espectro de la política nacional e internacional, como se puede ver en el Programa 21, que se refiere a una 'consideración más sistemática del medio ambiente cuando se toman decisiones sobre políticas económicas, sociales, fiscales, energéticas, agrícolas, de transporte, de comercio y otras'.⁵⁷ Desde 1989 el Banco Mundial, y los demás bancos multilaterales de desarrollo han procurado incorporar la evaluación ambiental en sus políticas crediticias.⁵⁸ La integración de las consideraciones ambientales también es un asunto que influye en el comercio internacional, aunque aquí subsiste amplio margen de controversia.⁵⁹ Mientras que el Principio 12 de la Declaración de Río refleja las preocupaciones de los defensores del libre comercio, por que las restricciones ambientales no constituyan una intervención arbitraria u oculta en el

⁵¹ Convención sobre Cambio Climático de 1992, Artículos 3(4); 4(1)(f); 1992 Convención sobre la Diversidad Biológica, Artículo 6.

⁵² Ver Programa 21, Cap 8

⁵³ Artículo 4(2).

⁵⁴ UNEP/OCA/ALBA/IG.2/L.4 (1995).

⁵⁵ Principio 13.

⁵⁶ Tratado de Cooperación Amazónica de 1978, Preámbulo, (1978) 17 *ILM* 1045; 1978 Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Preámbulo, (1978) 17 *ILM*, p. 511; Acuerdo sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales 1985 (ASEAN), Artículo 2(1), (1985) 15 *EP*, p. 64.

⁵⁷ Agenda 21, Capítulo 8.2.

⁵⁸ Desde octubre de 1989 todos los proyectos de inversión propuestos para ser estudiados por el Banco Mundial deben haber sido sometidos a una investigación respecto de su posible impacto ambiental. Este requisito originalmente formaba parte de un Manual de Operaciones confidencial, pero en octubre de 1991 fue publicado como una Instrucción Operativa de Evaluación Ambiental 4.01 (OD 4.01). En diciembre de 1998 fue publicado nuevamente como Política Operacional 4.01. Ver Di Leva 'International Environmental Law and Development' (1998) *GIELR*, p. 501.

⁵⁹ Schoenbaum en Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, Cap.14.

libre comercio, el GATT ha tardado más en tener plenamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente. Como se verá en las secciones que siguen, los tratados mundiales y regionales relativos a la contaminación y a la conservación ya revelan la incorporación de las inquietudes del comercio, la industria y el gobierno respecto del desarrollo económico. En ninguna otra parte esto está mejor ilustrado que en el derecho relativo a las fuentes terrestres de contaminación marina.⁶⁰

Algunos críticos consideran erróneamente que el Principio 4 sugiere que ya no hay conflicto entre la protección ambiental y el desarrollo económico: 'Este, a los ojos de algunos, ambiguamente puede interpretarse en favor de subordinar las políticas ambientales a los imperativos económicos, y a la inversa para otros'.⁶¹

Esto es ver la integración aisladamente, e implica extraerla del proceso más amplio de toma de decisiones y de rendición de cuentas en que la sitúa la Declaración de Río, pero la crítica nos recuerda que la búsqueda de valores puramente 'ambientales' no es lo que el concepto de desarrollo sustentable pretende lograr. Sin embargo, aunque la integración no sea una panacea, nos ofrece mayores probabilidades de obtener una visión más equilibrada de las necesidades ambientales que la visión de separación.

Dejando de lado salvedades de este tipo, la integración es una característica bastante arraigada e intrínseca de la regulación internacional del medio ambiente, y de la mayoría de las economías desarrolladas. A este respecto, las verdaderas consecuencias del Principio 4 deben buscarse más en su impacto en los países en desarrollo, en los que a lo largo de la historia la planificación del desarrollo no ha atribuido gran importancia a las consideraciones ambientales, y en la práctica del Banco Mundial y otros organismos de desarrollo.

c. El derecho al desarrollo

El Principio 3 de la Declaración de Río es la primera ocasión en la que la comunidad internacional ha respaldado plenamente el concepto antes controvertido del 'derecho al desarrollo'.⁶² Los críticos han argumentado que este no es un derecho propiamente tal y señalan carácter incierto que adopta en la 'Declaración sobre el Derecho al Desarrollo' aprobada por la Asamblea General en 1986,⁶³ y reiterada en

⁶⁰ Mensah, en Boyle and Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap. 13.

⁶¹ Pallemaerts, en Sands (ed.), *Greening International Law*, p. 17.

⁶² Ver Dupuy (ed.), *Le Droit au Développement au Plan International* (Dordrecht, 1980); Alston, 'Making Space for New Human Rights: The Case of the Right to Development' (1988) 1 *Harv. Human Rights Yb.* p. 21; Rich, 'The Right to Development: A Right of Peoples?', en Crawford (ed.), *The Right of Peoples*, Oxford 1988, Cap 3; Rosas, 'The Right to Development', en Eide, Krause and Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* Dordrecht, 1995, Cap 16, y las referencias allí citadas.

⁶³ Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGA Res.) 41/128 (1986), aprobada por 146 votos contra 1 (EE.UU.) y 8 abstenciones (Dinamarca, República Federal de Alemania, Finlandia, Islandia, Israel, Japón, Suecia, Reino Unido).

1993 en la Declaración de Viena sobre los Derechos Humanos.⁶⁴ Compuesto de una amalgama de obligaciones interestatales, derechos colectivos y derechos humanos individuales, el derecho al desarrollo suele mencionarse como un derecho humano de 'tercera generación'; otros lo consideran innecesario e inútil para promover tanto el desarrollo como los derechos humanos.⁶⁵ Aunque en parte extraída de los derechos económicos y sociales convencionales existentes, la naturaleza jurídica del derecho al desarrollo ha sido y continua siendo dudosa. Su inclusión en la Declaración de Río representa un éxito para los defensores de los países en desarrollo, y refleja la preocupación por que la protección del medio ambiente no sea superior a su necesidad de desarrollo económico. En consecuencia, se concibió como un contrapeso al Principio 4. Al mismo tiempo, el Principio 3 introduce la importante limitación adicional de que el derecho al desarrollo debe lograrse 'equitativamente', de manera de satisfacer tanto las necesidades de desarrollo como las necesidades ambientales de la generación actual y de las futuras. Indudablemente, no es un derecho absoluto, sino uno cuyo alcance se define solamente en relación con otros factores en juego que se le contraponen. Esto puede ayudar a explicar por qué Estados Unidos continúa aseverando que el desarrollo no es un derecho, sino solamente un 'objetivo'.⁶⁶ Además, el derecho al desarrollo requiere de un 'respeto total por los principios del derecho internacional relativos a las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas'.⁶⁷ En este sentido, debe integrarse con el derecho internacional existente relativo a la protección del medio ambiente.

d. La equidad intergeneracional

La teoría de la equidad intergeneracional se ha formulado para explicar la base óptima de la relación entre una generación y la siguiente. La teoría exige que cada generación use y desarrolle su patrimonio natural y cultural de tal modo de poder traspasarlo a las futuras generaciones en condiciones no peores a aquéllas en que lo recibió.⁶⁸ En el centro de esta idea está la necesidad de conservar las opciones para el uso futuro de los recursos, incluyendo su calidad y aquella del medio ambiente natural.

En su informe de 1987, la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo ("la Comisión Brundtland") definió el desarrollo sustentable como 'el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras

⁶⁴ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993: Declaración de Viena y Programa de Acción, UN Doc. A/CONF.157/23, (1993) 32 *ILM* 1661, aprobado por consenso. Para una reseña del trabajo posterior del Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo, ver Rosas, *supra*, n. 62.

⁶⁵ Alston, *supra*, n.62.

⁶⁶ *Supra*, n.29.

⁶⁷ Artículo 3(2), Declaración sobre el Derecho al desarrollo, 1986. Sobre la relación entre desarrollo y derechos humanos ver *infra*, n. 81.

⁶⁸ Brown-Weiss, *In Fairness to Future Generations*, Dobbs Ferry, Nueva York, 1989, Goa Guidelines of Inter-generational Equity, 1988, *ibid.*, Apéndice A. Vaughan Lowe critica la teoría expuesta por Brown Weiss en Boyle y Freestone (eds.), *Sustainable Development and International Law*, Cap 2. Ver también Redgwell en Churchill y Freestone (eds.), *International Law and Global Climate Change* (London, 1991), Ch. 3; D'Amato, 'Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment', (1990) 84 *AJIL*, p. 190; Gundling, 'Our Responsibility to Future Generations', *ibid.*, 207; Supanich, 'The Legal Basis of Intergenerational Responsibility: An Alternative View-The Sense of Intergenerational Identity' (1992) 3 *YbIEL*, p. 94.

generaciones de satisfacer sus propias necesidades'.⁶⁹ Esta es una definición inadecuada y poco útil, que requiere de mayor elaboración, pero que enfatiza la importancia fundamental de la equidad intergeneracional para el concepto de desarrollo sustentable. La misma perspectiva generacional subyace las referencias de la Declaración de Estocolmo, de 1972, sobre la responsabilidad humana de proteger el medio ambiente y los recursos naturales de la tierra.⁷⁰ La equidad intergeneracional se menciona expresamente en el Principio 3 de la Declaración de Río de 1992, que contempla que el derecho a lograr el desarrollo 'de tal manera de satisfacer equitativamente las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones actuales y futuras'. Esto es reiterado en los mismos términos en la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, en tanto que el Artículo 3 (1) de la Convención sobre el cambio climático, de 1992, llama a que las Partes tengan en cuenta la equidad intergeneracional en sus decisiones. Estas declaraciones internacionales demuestran la importancia que la política internacional otorga a la protección del ambiente en beneficio de las generaciones futuras.

Weiss afirma que la equidad intergeneracional ya forma parte del tejido del derecho internacional.⁷¹ Es cierto que la política subyacente en un gran número de tratados ambientales mundiales es evitar el daño irreversible, como en la Convención del Ozono, la Convención sobre la Diversidad Biológica y la Convención sobre el Cambio Climático. Asimismo, pueden señalarse los nuevos tratados sobre la conservación de los recursos pesqueros que exigen cooperación en el manejo de las poblaciones de peces y de los ecosistemas para mantener una producción sustentable.⁷² La eliminación gradual del vertimiento de residuos en el mar, particularmente de desechos radiactivos, la elaboración de un sistema general de protección del ecosistema aplicable a la Antártica, que incluye la prohibición de actividades relacionadas con la minería y la designación del continente como parque mundial, y la adopción de controles adicionales para la caza de ballenas mediante la Comisión Ballenera Internacional y las convenciones regionales apuntan a una preocupación concreta por los intereses de las generaciones futuras.⁷³ Las futuras generaciones se verán favorecidas en la medida en que estos sistemas sean exitosos, y la práctica real sin duda demostrará el grado de compromiso con una teoría sobre la equidad intergeneracional. Eso sí, lo que no demuestran es que respalden la teoría de los derechos generacionales promovida por Brown-Weiss o la conclusión de que a las futuras generaciones tiene derechos que pueden hacerse valer sin arreglo al derecho internacional.

Pero lo esencial de la teoría, esto es, que el hombre tiene responsabilidad respecto del futuro, y que éste es un componente propio del desarrollo sustentable, es incontrovertible, cualquiera que sea la forma en que se exprese. Lo que cabe

⁶⁹ Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (WCED), *Nuestro Futuro Común*, Oxford, 1987, p. 43.

⁷⁰ Principios 1 y 2. Ver también Convención Africana sobre la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales, de 1968, 1001 UNTS p. 4.

⁷¹ Supra, n.68.

⁷² E.g. Acuerdo sobre la Conservación y la ordenación las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, de 1995

⁷³ Ver Redgwell, Boyle and Freestone (eds.) *International Law and Sustainable Development*, Cap. 9; Churchill, *ibid*, cap. 10, y Yankov, *ibid*, cap. 12.

entonces preguntarse es cómo se hace efectiva.⁷⁴ Los ejemplos de la Convención de Londres para la Prevención de la Contaminación Marina, la Convención sobre el cambio climático, y la Comisión Ballenera Internacional demuestran que algunas instituciones internacionales ya le están dando cabida a los intereses de las futuras generaciones para lograr un equilibrio de intereses. La aplicación más general del principio precautorio y de políticas de desarrollo sustentable implica que más instituciones seguirán este ejemplo. La Comisión sobre Desarrollo Sustentable y el reestructurado Fondo Global para el Medio ambiente también reflejan la evolución de un modelo más fiduciario de la relación del hombre con el medio ambiente, que puede reforzar estas perspectivas intergeneracionales.

La comparecencia de las generaciones futuras en procesos judiciales ante tribunales internacionales es una posibilidad menos desarrollada. Lo que falta es una teoría de la comparecencia ante tribunales internacionales que permita otorgarle legitimación activa a las generaciones futuras, independiente de los Estados y de las instituciones internacionales que actualmente son las únicas partes competentes en litigios internacionales. Si bien algunos procedimientos interestatales o consultivos ante la Corte Internacional de Justicia pueden interpretarse en el sentido de incluir responsabilidades generacionales, al igual que algunos fallos internacionales en materia de derechos humanos, todos estos casos implican que la generación actual interponga demandas respecto de actos ilegítimos realizados en el pasado, y no que una generación futura puede impugnar actos realizados en el presente.⁷⁵ Sin embargo, no hay razón para que los tribunales nacionales impidan procedimientos judiciales en representación de quienes aún no han nacido, como suele suceder en el derecho inglés sobre los “trusts”, pero mucho dependerá de las normas de procedimiento y del contexto de cada sistema jurídico y no es posible generalizar en lo que respecta a los derechos generacionales en el derecho interno. La Corte Suprema de Filipinas sostuvo que demandantes que pretendían impugnar el otorgamiento de licencias de tala podían actuar en representación de ellos mismos y de las generaciones futuras, pero este precedente no se acogió en casos similares sometidos a la Corte Suprema de Bangladesh.⁷⁶

Considerar que la equidad intergeneracional es un elemento del desarrollo sustentable no resuelve la exigencia de que se reconozcan derechos generacionales internacionales o una tutela internacional, más fuerte y tampoco determina el equilibrio óptimo entre esta generación y las próximas. Sin embargo, proporciona un marco de referencia esencial dentro del cual las generaciones actuales deben considerar y tener en cuenta el impacto y preocupaciones futuras, así como un procedimiento para poder resolver estas y otras preocupaciones.

e. La equidad intrageneracional

⁷⁴ Gundling, *supra*, n.68.

⁷⁵ Asunto Phosphate Lands in Nauru (1993) ICJ Reports, p. 322; Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso o amenaza de uso de armas nucleares (1996) ICJ Reports, p. 226; LCB v. Reino Unido (1998) Corte Europea de Derechos Humanos, 1998-III.

⁷⁶ Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources, 1994, 33 ILM, p. 173, Farooque v. Government of Bangladesh (1997) 49 DLR (AD) 1.

Si bien puede criticarse la teoría de la equidad intergeneracional por el hecho de que descuida las consideraciones intrageneracionales, no se puede decir lo mismo sobre el concepto de desarrollo sustentable. Tanto el Informe Brundtland como el Programa 21, no deja lugar a dudas de que un elemento político importante de la sustentabilidad es corregir el desequilibrio de riqueza entre el mundo desarrollado y en desarrollo y dar prioridad a las necesidades de los pobres. A diferencia de la equidad intergeneracional, la equidad intrageneracional aborda la desigualdad del sistema económico existente.

La Declaración de Río no alude específicamente a ningún concepto de equidad intrageneracional, pero varias de sus disposiciones sustantivas, y de las de las convenciones sobre cambio climático y diversidad biológica, indican que actualmente las cuestiones intrageneracionales son un componente del desarrollo contemporáneo del derecho internacional ambiental. Aparte del Principio 5, que llama a la cooperación para erradicar la pobreza, la equidad intrageneracional se ve favorecida principalmente por el reconocimiento de las necesidades especiales de los países en desarrollo. En las convenciones ambientales mundiales, tales como las Convenciones sobre el Ozono y sobre el Cambio Climático, esto se da en la forma de ayuda financiera, creación de capacidad y de aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada. La Convención sobre la diversidad biológica, excepcionalmente, va más lejos y establece un sistema con arreglo al cual los países en desarrollo tienen derecho a una distribución 'justa y equitativa' de los beneficios provenientes del uso de los recursos genéticos que se encuentran en su territorio.⁷⁷ En efecto, esta convención contempla una relación de equilibrio entre la conservación y la equidad económica, si bien se ve perturbada por cuestiones pendientes relacionadas con los derechos de propiedad intelectual y la viabilidad de fiscalizar las actividades de las empresas farmacéuticas multinacionales.⁷⁸

La equidad y la utilización equitativa, son principios generales del derecho internacional bastante arraigados; pero su aplicación a un contexto intrageneracional es algo más nueva. Actualmente, no puede sostenerse fácilmente que esta forma de equidad 'ya forma parte del tejido del derecho internacional' o que sea aplicable fuera del limitado contexto de los instrumentos de Río en que ya se ha empleado.

f. Los elementos de procedimiento

Ningún debate sobre el desarrollo sustentable debe pasar por alto los elementos de procedimiento que facilitan su implementación a nivel nacional. La evaluación del impacto ambiental y la participación pública en la toma de decisiones cumplen la función de legitimar las decisiones y, si se emplea adecuadamente, también puede mejorar su calidad. Pero su rol no se limita a la búsqueda de la sustentabilidad, sino que es igualmente importante para el derecho internacional ambiental global y transfronterizo. En este último contexto, han sido parte integrante del trabajo de la

⁷⁷ Artículo 15(7). Ver también Programa 21, Cap 15.4(d); 1992 Principios sobre Bosques; Shelton, 'Fair Play, Fair Pay: Preserving Traditional Knowledge and Biological Resources' (1994) 5 *YbIEL*, pp. 83-4.

⁷⁸ Ver, en general Bowman y Redgwell (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Londres, 1996.

CDI de codificación del derecho relacionado con el riesgo transfronterizo.⁷⁹ La EIA y la participación pública constituyen también el tema de dos importantes tratados de la CEE.⁸⁰

5. La naturaleza jurídica del desarrollo sustentable

No es fácil responder a la pregunta de si actualmente el derecho internacional exige que todo desarrollo sea sustentable. Está claro, dado el alcance de respaldo internacional al concepto, que pocos Estados serían contrarios a la propuesta de que, en principio, el desarrollo debe ser sustentable y de que todos los recursos naturales deben administrarse de esta manera. Sin embargo, dados los juicios de valor social y económico que involucra resolver qué es sustentable, y la necesidad de sopesar factores contrapuestos, entre los cuales se cuenta la protección ambiental, los Estados inevitablemente conservan amplia discrecionalidad para interpretar y dar efecto al supuesto principio, salvo que se haya acordado una acción internacional específica. Difícilmente puede concebirse un tribunal internacional que revise una medida nacional y llegue a la conclusión de que ésta no cabe dentro del estándar del 'desarrollo sustentable'.⁸¹ La Corte Internacional de Justicia no lo hizo en el *Caso Relativo a la presa de Gabčíkovo-Nagymaros*, y optó por abordar cuestiones más fáciles de llevar a la justicia, tales como la distribución equitativa de un curso de agua o la aplicabilidad de los estándares ambientales internacionales en el funcionamiento del sistema hidroeléctrico.⁸² Puede ser que otros órganos internacionales, tales como la Comisión de Desarrollo Sustentable, o una comisión sobre los cursos de agua, tengan mayores posibilidades de decidir si una acción determinada es sustentable, pero seguramente esto tampoco sea fácil, excepto en un caso extremo. Como ya vimos, el mandato de la Comisión de Desarrollo Sustentable no incluye esta tarea. La incertidumbre normativa, unida a la falta de estándares justiciables por evaluar, indica claramente que aún no existe una

⁷⁹ Ver los artículos sobre Prevención de los Daños Transfronterizos por actividades peligrosas, Artículo 8, en *Informes de la CDI* (2001), GAOR A/56/10, párrafos 366-436.

⁸⁰ Convención sobre Evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, de 1991, 30 *ILM* (1991) p. 802; Convención sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materias ambientales de 1998, 38 *ILM* (1999), p. 517.

⁸¹ Sin embargo, no es difícil concebir que un tribunal internacional concluya que un proyecto de desarrollo viola derechos humanos fundamentales: ver *Hatton v. UK* (2003) CEDH; *Social and Economic Rights Action Centre v. Nigeria* (2002) Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comm. No.115/96 [El caso 'Ogoni']; *Indígenas Yanomani v. Brasil*, Decisión 7615, CIDH, *Inter-American YB on Hum. Rts.* (1985), p. 264. En el caso *Ogoni*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sostiene que el Art. 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ["Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo"] impone al Estado la obligación de adoptar medidas razonables "para evitar la contaminación y la degradación ecológica, para promover la conservación y para garantizar un desarrollo y un uso de los recursos naturales ecológicamente sustentable." (párrafo. 52). El párrafo 53 establece las acciones específicas exigidas a los Estados para cumplir esta obligación. Fuentes ("International Law-Making in the Field of Sustainable Development" 2 *International Environmental Agreements* (2002), p. 127), argumenta que los derechos ambientales generalmente triunfarán sobre los intereses del desarrollo, pero con respeto, la jurisprudencia no confirma esto: ver especialmente *Hatton v. UK*, donde la Corte Europea de Derechos Humanos confirma el derecho de los gobiernos a aplicar políticas de desarrollo económico, siempre que el derecho a la vida privada y familiar de los individuos esté suficientemente equilibrado con los beneficios económicos para la comunidad en su conjunto. Los casos *Ogoni* y *Yanomani* resolvieron lo contrario porque de acuerdo con los hechos, el daño a los derechos humanos fue muchísimo más severo y no podía justificarse.

⁸² Boyle, 'The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles' (1997) 8 *YbIEL* p. 13.

obligación jurídica internacional de que el desarrollo tenga que ser sustentable,⁸³ y que las decisiones sobre lo que constituye sustentabilidad recaen principalmente en los distintos gobiernos.

Sin embargo, esto no es todo. Un argumento más plausible es que aunque posiblemente el derecho internacional no exigía que el desarrollo sea sustentable, sí exige que las decisiones sobre desarrollo sean el resultado de un proceso que promueva el desarrollo sustentable. Específicamente, si los Estados no llevan a cabo las EIA, o no estimulan la participación pública, o no incorporan en sus decisiones el desarrollo y las consideraciones ambientales, o no toman en cuenta las necesidades de la equidad intra e intergeneracional, no habrán logrado poner en práctica los elementos principales que utilizan la Declaración de Río y otros instrumentos internacionales suscritos para facilitar el desarrollo sustentable. Además, el fallo recaído en el caso de la *presa de Gabčíkovo-Nagymaros* respalda la interpretación de que el proceso de toma de decisiones es el componente jurídico clave del desarrollo sustentable, y no la naturaleza del desarrollo. Pese a que ese fallo, no cuestiona si el proyecto era o no sustentable, la Corte Internacional de Justicia exigió a las partes, en interés del desarrollo sustentable, que dieran ‘una nueva mirada’ a las consecuencias ambientales y tomaran medidas paliativas y de monitoreo y de acuerdo a los estándares contemporáneos del derecho internacional.⁸⁴ Dicho enfoque permite que los tribunales internacionales promuevan el objetivo del desarrollo sustentable de acuerdo con la Declaración de Río al mismo tiempo los libera de la imposible tarea de determinar qué es y qué no es sustentable.

Esta clase de argumento, por ende, se centraría en los componentes del desarrollo sustentable, y no en el concepto mismo. La utilización sustentable, la evaluación del impacto ambiental y la participación pública pueden considerarse principios independientes, cuya naturaleza jurídica merece una valoración distinta.⁸⁵ Aunque no haya obligación jurídica de desarrollarse en forma sustentable, mediante el desarrollo gradual puede haber “derecho” en el ámbito del desarrollo sustentable.⁸⁶ Más aún, aunque factores tales como la equidad intra e intergeneracional, o la integración del medio ambiente y el desarrollo pueden carecer de contenido normativo o justiciable, un tribunal o institución internacional puede asegurar que se tengan en cuenta en la toma de decisiones, por mucho que no pueda revisar decisiones adoptadas de acuerdo con estos factores. Puede ser que los principios de este tipo sean “soft” pero no son jurídicamente irrelevantes cuando los tribunales o los órganos internacionales tengan que aplicar o desarrollar el derecho.⁸⁷ Ésa es quizás la enseñanza más importante que se puede extraer de las referencias que

⁸³ Handl, ‘Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law’ (1990) 1 *Yb/IL*, p. 25. Por las mismas razones Handl también rechaza la posibilidad de que el desarrollo sustentable sea una norma imperativa de derecho internacional.

⁸⁴ ICJ Reports (1997), p. 7, párrafo 140.

⁸⁵ Ver con más profundidad en Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, Cap 3.

⁸⁶ Sands, (1994) 65 *BYbIL* 303.

⁸⁷ See Lowe, in Boyle and Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Cap.2; Sands, en Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, 53-66, pero para visiones más cautas ver Handl and Mann, en Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, at 35-43 and 67-72.

hace la CIJ al desarrollo sustentable en su sentencia en el *Caso relativo a la presa de Gabčíkovo-Nagymaros*. Sea o no el desarrollo sustentable una obligación jurídica, y como hemos visto esto parece poco probable, es un objetivo que puede influir en el resultado de un litigio y en la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, y puede conducir a cambios y desarrollos significativos en el derecho existente. En este importante sentido, el derecho internacional parece requerir que los Estados y los órganos internacionales tomen en cuenta el objetivo del desarrollo sustentable, y establezcan procedimientos adecuados para hacerlo.