

341 762
VH2 di
2013
c.1

a733117

8

DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL
UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS RELACIONES
ENTRE ECONOMÍA, DERECHO Y MEDIOAMBIENTE

Hernán Alberto Villa Orrego



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN

**EDITORIAL
ASTREA**

CAPÍTULO III

El derecho internacional ambiental y la función jurisdiccional

Es evidente que la sociedad moderna está sometiendo al ecosistema a una dinámica de explotación insostenible e irracional, con lo cual se pone en peligro el bien máspreciado y esencial para la existencia misma: la vida; desde hace algunos años la humanidad ha empezado a tomar conciencia de esta realidad y ha emprendido la misión de corregir el problema. Esto se refleja en que una gran parte de la comunidad científica está tomando en consideración, al momento de realizar sus investigaciones, el respeto por la naturaleza y el medioambiente, como objetivo fundamental y transversal.

En el campo específico de las ciencias económicas es una realidad que buena parte de sus representantes está defendiendo, con argumentos, el cambio hacia una dimensión ecológica de los estudios económicos. A ello se suma la necesidad de replantear el modelo económico actual para instaurar uno alternativo que realmente comprenda la problemática económica y social como un subsistema que tiene que operar en función, y dentro de los límites físicos, de un sistema mayor que es el ecosistema. En las ciencias jurídicas la variable ecológica ha tomado mucha importancia, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y de manera más relevante, en el derecho ambiental; esto ha desencadenado una gran proliferación de normas de contenido ambiental en varios ámbitos de aplicación del derecho.

El derecho internacional ambiental (DIA), puntualmente, tuvo un gran desarrollo en el siglo XX, cuando la sociedad global empezó a comprender las implicaciones negativas que los desarrollos tecnológicos, la explosión demográfica desordenada y la multiplicación desorganizada e intensiva de las actividades humanas podrían traer sobre el medioambiente y la humanidad a escala mundial. Estas realidades propiciaron en los sujetos del derecho internacional la necesidad de regular y proteger a escala mundial los ecosistemas del planeta, y cambiaron, especialmente en la década de los 70, la percepción que se tenía del medioambiente, pasando de utilitarista y de dimensiones locales, a una visión protectora y de dimensiones globales (Olarte, 2005).

La evolución histórica del DIA muestra un desarrollo normativo que no se correlaciona con la realidad del deterioro ambiental actual; por lo tanto, se puede afirmar que la sociedad está atrapada entre la evidencia del desarrollo de esta disciplina, pero al mismo tiempo se encuentra condicionada a una gran incertidumbre frente a su futuro; su desarrollo es el resultado de que los Estados encontraran en el derecho internacional la forma más adecuada para regular y proteger un bien jurídico fundamentalmente global: el medioambiente. Como resultado de ello, se da inicio, principalmente en 1972, a una abundante producción normativa, tanto bilateral como multilateral; el punto de partida fue la primera gran reunión internacional convocada por la ONU para afrontar el problema del deterioro ambiental a escala mundial, llevada a cabo en Estocolmo y denominada "Una Sola Tierra". Sin embargo, la incertidumbre es latente porque como lo afirma la profesora Diana Olarte:

En la actualidad, sin contar los tratados bilaterales, el derecho internacional del medioambiente recoge aproximadamente 500 tratados multilaterales, la mayoría regionales. Dentro de estos 500, casi 300 se adoptaron después de 1972. Sin embargo, esta cantidad de normas convencionales no es necesariamente una garantía de efectividad y por el contrario en muchas ocasiones trae consigo nuevos problemas de ejecución y de coherencia del ordenamiento (Olarte, 2005, p. 435-436).

Con base en estas consideraciones, se pueden establecer dos realidades: en primer lugar, que el desarrollo que ha tenido el derecho internacional ambiental ha sido principalmente, en su aspecto normativo sustancial, entendido este último, como aquel derecho que se encarga de regular las relaciones que se establecen entre los miembros de la sociedad internacional, independiente de sus posibilidades de aplicación; y en segundo lugar, que el derecho internacional ambiental en su área procesal, es decir, aquella que regula la actividad jurisdiccional y de las partes en el proceso como garantía de aplicación y efectividad del derecho, está aún en una etapa inicial de gestación, dadas las condiciones actuales de actividad jurisdiccional para la protección del medioambiente a escala mundial.

Lo anterior se confirma cuando al comparar la actividad jurisdiccional del derecho internacional ambiental con otras áreas del derecho internacional público, se descubre que en materia de derechos humanos y de derecho internacional penal, por ejemplo, los mecanismos de aplicación del derecho y la existencia de órganos internacionales de enjuiciamiento especializados para el cumplimiento de esta normativa, alcanzan un mayor desarrollo con respecto a las circunstancias que afronta la variable medioambiental. De ahí

la obligación de indagar por la institución de la jurisdicción y su contextualización en el terreno internacional.

En este contexto, es preciso señalar que al analizar el concepto de jurisdicción, desde su acepción etimológica en la que se incorporan dos términos latinos: *iuris dicere* o *iuris dictio*, se comprende la jurisdicción como "la potestad de decir el derecho, y más concretamente, de decir el derecho aplicable a una situación o conducta que rompe la paz jurídica. En otros términos, es la determinación de un criterio jurídico de decisión para un problema que no puede ser resuelto espontáneamente" (Saavedra, citado por Agudelo, 2007, p. 94). A partir de la utilidad que se deriva del análisis de este concepto, y a pesar de reconocer que los doctrinantes del derecho procesal han elaborado innumerables acepciones de jurisdicción, y que esta solo es una aproximación parcial de tan importante institución, es evidente que el tratamiento que ha recibido la problemática ambiental a escala internacional no satisface adecuadamente la aplicación de la función jurisdiccional.

Igualmente, es necesario advertir que históricamente la construcción del concepto de jurisdicción ha estado vinculada al ámbito territorial donde el Estado ejerce su soberanía; sin embargo, algunos procesalistas han indicado la conveniencia de "explorar una nueva forma de concebir el fenómeno jurisdiccional, ante todo sin las ataduras propias de las definiciones tradicionales, marcadamente influenciadas por las direcciones temáticas compositiva y estatista" (Acero, 2004, p. 201).

Aunque bajo los criterios del ejercicio de la soberanía de los Estados es un hecho necesario, evidente y loable que "el fin principal de la función jurisdiccional, es satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social" (Devis, 1994, p. 79), también es cierto que para que en el entorno internacional, esta función se concrete, es necesario que:

La asociación que se establece entre Estado, soberanía y jurisdicción ha de reformularse, en atención al ejercicio de la jurisdicción por fuera del propio Estado como se advierte en la actualidad con determinadas figuras de derecho internacional que no pueden ser explicadas desde los estrechos límites de la soberanía estatal. Se hace referencia a la jurisdicción internacional. En este contexto es necesario considerar un ordenamiento internacional fundado en garantías (Agudelo, 2007, p. 102).

En razón a lo anterior y teniendo en consideración que las características naturalmente propias de los problemas asociados con el medioambiente, como la contaminación transfronteriza, la pérdida de la biodiversidad, el cambio climático, la desertificación, los riesgos por la experimentación con energía nuclear, entre otros fenómenos ambientales de impacto global, no reconocen fronteras territoriales, es evidente que el tema de la función jurisdiccional en materia ambiental es uno de los grandes retos que enfrenta el derecho internacional público.

Asimismo, analizar las características, la estructura de las fuentes, la jerarquía normativa, entre otros aspectos que identifican al derecho internacional ambiental con relación a la función jurisdiccional y otras instituciones del derecho procesal a escala internacional es un asunto de vital importancia, y frente al cual es necesario profundizar con el propósito de encontrar alternativas más adecuadas frente a la realidad del problema del deterioro del medioambiente.

3.1 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Los elementos característicos del derecho internacional ambiental son los que hacen que el desarrollo y la aplicabilidad de esta novísima rama del conocimiento constituyan unos de los grandes desafíos para los doctrinantes del derecho internacional. El DIA es una de las más recientes ramas del ordenamiento jurídico internacional, y por tanto, al no contar con una dogmática asentada, debe continuar en un proceso de desarrollo acelerado y renovador de las instituciones tradicionales del derecho internacional, para así hacer frente a la problemática más compleja que enfrentan las sociedades modernas: la protección de la vida en todas sus manifestaciones, amenazada en la actualidad por la alteración de los ecosistemas del planeta.

En este sentido, López Bonillo afirma:

A escala planetaria el nivel de degradación se incrementa constantemente. Los hechos son incuestionables: millones de hectáreas de bosque húmedo tropical desaparecen para dar cabida a planes de desarrollo, las pérdidas de suelo agrícola no son compensadas por la formación de otros nuevos, algunos millones de hectáreas se desertizan cada año en los países áridos o semiáridos, millares de lagos se encuentran biológicamente muertos o en proceso de muerte, los acuíferos subterráneos descienden y la demanda de agua supera la capacidad de suministro en zonas de todo el mundo, millares de especies animales y vegetales se

extinguen cada año, grandes cantidades de productos tóxicos pasan a los suelos, a la atmósfera o al medio hídrico, mientras se anuncia un cambio climático de consecuencias graves (López, citado por Juste, 1999, p. 4).

Adicionalmente, para el DIA, debido "a su inherente complejidad, que deriva de múltiples razones: dependencia científica, interdisciplinariedad, carácter fronterizo, motivaciones económicas y políticas" (Juste, 1999, p. 4), el reto se hace mayor porque enfrentar los problemas ambientales demanda el consenso de distintos saberes.

A esta realidad debe enfrentarse un derecho internacional ambiental integral, esto es, con las herramientas que garanticen una adecuada y efectiva protección del medioambiente; de ahí que se pueda definir al derecho internacional ambiental como el conjunto de normas y principios que tiene como propósito la defensa del medioambiente en su dimensión planetaria; es de naturaleza pública, al regular asuntos de interés común para la humanidad; sus destinatarios son los sujetos del derecho internacional público, que en la actualidad son tanto las personas jurídicas como las naturales, cuando sus actuaciones los responsabilicen de daños al medioambiente; y es internacional porque los problemas ambientales no agotan sus efectos en un territorio determinado, sino que alcanzan una dimensión más amplia que se debe proyectar en un plano jurisdiccional internacional.

En la actualidad el desarrollo del DIA ha implicado la confrontación de conceptos como la soberanía estatal, en su acepción tradicional, y la resignificación del atributo de libertad en la actuación, en los denominados espacios comunes de la humanidad, como es el caso de alta mar y algunas zonas de fondos marinos y oceánicos, y en general, aquellos espacios que no están sometidos a la soberanía estatal. Esta misma dinámica ha originado que el DIA se construya con unas características particulares y diferenciadoras de otras ramas del derecho internacional; sin embargo, si este rasgo distintivo es el resultado de su propio proceso de nacimiento, no necesariamente implica que haya sido el más adecuado y que deba permanecer así.

En este sentido, características como la funcionalidad y la multidimensionalidad surgen como propias de la esencia del objeto (medioambiente) que se pretende regular, pero otras como la debilidad institucional, la dispersión normativa o el carácter sectorial, y el predominio del *soft law*, entre otras, ameritan una reconfiguración a fin de que el derecho internacional ambiental contribuya integralmente a preservar el medioambiente y a procurar mejores condiciones de vida para las generaciones presentes y futuras (Juste, 1999).

3.1.1 Funcionalidad y multidimensionalidad

La característica de funcionalidad de las normas de protección del medioambiente, nace de la necesidad de encontrar a escala mundial un marco regulatorio que permita coordinar armónicamente las relaciones naturaleza-sociedad; es decir, el derecho internacional para la protección del medioambiente cumple la función de encontrar un justo medio entre la preservación del medioambiente, la explotación de los recursos naturales, y la concomitante contaminación que se genera como consecuencia de las actividades humanas en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades en las distintas etapas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En este orden de ideas, la funcionalidad de las normas ambientales no está dirigida a reprimir la explotación de la naturaleza, sino más bien a que las actividades humanas se

... desarrollen sin que ello produzca un deterioro irremisible del medioambiente. Las nociones de planificación y programación adquieren así en el derecho internacional del medioambiente una importancia muy destacada, tal como se reflejara en la declaración de Estocolmo de 1972, cuyo principio 13 afirmó que: Al fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían 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 (Juste, 1999, p. 41).

Tanto la funcionalidad como la multidimensionalidad fueron características que justificaron que en el principio de esta investigación se realizara un análisis exhaustivo de las relaciones entre economía, naturaleza y derecho; en sus apartes se logró demostrar la estrecha y compleja relación que existe entre protección del medioambiente y desarrollo económico. Asimismo y específicamente en relación a la multidimensionalidad, esta surge como consecuencia de la indivisibilidad del objeto de que se ocupa, esto es, el entorno global en el que se presentan las relaciones de los miembros de la sociedad mundial y la naturaleza.

Distintas posturas de interpretación se pueden tejer alrededor de estas relaciones multidimensionales: de un lado, la realidad es que el DIA depende en gran medida de las exigencias de la economía, porque esta al permear el escenario político, tecnológico y científico en general, termina reflejándose en la producción normativa internacional. En otro sentido, las valoraciones axiológicas desde la ética, la justicia y la solidaridad presionan para que

desde estas mismas disciplinas se abogue por una antítesis en la cual sean la economía, la política, la ciencia e incluso la ética, y en general todas las manifestaciones de conocimiento, las que desplieguen todos sus desarrollos, condicionadas por las realidades naturales de los ecosistemas, de tal suerte que la incorporación en el ordenamiento jurídico internacional de elementos extrajurídicos referidos a asuntos económicos, políticos y tecnológicos, no se realice con un criterio economicista, sino más bien en una síntesis holística con fundamento integral y con base en principios ecológicos.

3.1.2 Carácter sectorial y debilidad institucional

La forma como ha surgido el DIA, explica el porqué de su carácter especialmente sectorial. Como ya se ha abordado anteriormente, los inicios del DIA estuvieron muy relacionados con la necesidad de proteger un determinado recurso natural, no con la intención de su protección en sí misma, sino porque el recurso estaba vinculado con la explotación de alguna actividad económica puntual, la cual, para su desarrollo y adecuado funcionamiento, necesitaba de la conservación del recurso natural.

En este sentido, en el proceso de consolidación del DIA como rama autónoma e independiente del derecho, esos rasgos característicos de su gestación, tendentes a abordar la solución de los problemas de forma fragmentada, se conservaron, porque la realidad del desarrollo del DIA evidencia que

... sus reglas han regulado en forma progresiva aquellos sectores de la biósfera con problemas de degradación o especialmente vulnerables a esta. En otras palabras, los problemas ambientales en general, se han enfrentado en su correspondiente sector independientemente, de manera que se adoptaron medidas especiales para combatir los problemas particulares de contaminación marina, de aguas dulces, atmosféricos, de deterioro de los recursos naturales, de extinción de especies, etc. (Rojas, 2004, p. 84).

El origen del carácter sectorial del DIA ha estado también vinculado al hecho de que los problemas relacionados con el deterioro ambiental se han abordado de una forma desarticulada e independiente, desconociendo la lógica natural de las interdependencias que se dan entre los elementos del medioambiente. Afortunadamente, en la actualidad esta situación está más superada, gracias a los logros alcanzados en las ciencias ecológicas, al demostrar que los problemas del medioambiente se deben enfrentar considerando que los ecosistemas naturales funcionan como sistemas complejos de

múltiples interconexiones, es decir, toda alternativa viable a la problemática ambiental se deberá realizar desde una visión integral de interdependencia y con un enfoque transdisciplinario.

No sucede igual con las ciencias jurídicas, porque aún se legisla para dar solución a cada problema por separado, dividiendo los elementos que integran el medioambiente, lo cual no ha dado respuesta de forma efectiva a la problemática ambiental. En este sentido, es necesaria la adopción de una perspectiva ecológica.

Según este planteamiento, una respuesta de tipo ecológico ha de atender a la ya citada interdependencia, que se verifica entre los diversos sectores y elementos que componen un ecosistema, mientras que una respuesta de tipo ambiental aporta soluciones parciales referidas al sector que presenta problemas, dejando de lado la posible incidencia en otro u otros sectores. En definitiva una respuesta de carácter ecológico, o sea, una respuesta que no se quede en las soluciones parciales sino que enfrente el fondo de la problemática ambiental de forma integral, precisa de una visión transectorial del tema (Rojas, 2004, p. 84).

Un enfoque ecológico reconocería que algunos problemas ambientales tienen repercusiones sobre algunos sectores específicos del conjunto de elementos que componen el medioambiente, pero aportaría soluciones integrales, que respondiendo a criterios ecológicos, pudieran ser integradas en la normativa internacional ambiental. "Bajo esta perspectiva, la unidad del ordenamiento ambiental se deriva de su propio objetivo, o sea, la protección, preservación y mejora del ambiente. Por su parte, la coherencia del ordenamiento obedece a la existencia de un hilo conductor basado en un criterio lógico y eficaz, que en el caso del derecho ambiental sería la noción de ecosistema" (Rojas, 2004, p. 85).

El hecho de que en la actualidad los problemas ambientales, desde las ciencias jurídicas, se traten con un criterio sectorial "implica la elaboración de un conjunto de normas desgajadas que puede llegar a pecar de incoherente y que difícilmente puede alcanzar el calificativo de ordenamiento jurídico. Mientras tanto, si el derecho ambiental en general se asume desde una perspectiva transectorial, poco a poco se irá cristalizando un ordenamiento jurídico, que responda a un criterio unificador y a unos principios básicos que lo hagan en verdad único, coherente y sistemático" (Rojas, 2004, p. 85); principios que siendo universalmente válidos como los de solidaridad, precaución, sostenibilidad, interdependencia, y responsabilidad intergeneracional, entre otros, le darían un carácter sistémico al ordenamiento jurídico

ambiental y lo pondrían en armonía con la realidad bajo la cual se gobierna a las fuerzas de la naturaleza.

Al carácter sectorial de las normas internacionales de protección del medioambiente hay que agregarle la debilidad institucional. Esto se debe a que

... en efecto, los instrumentos internacionales relativos a la protección del medioambiente no suelen establecer un aparato institucional muy desarrollado, ni órganos o instancias dotados de poderes de decisión. En general, se trata más bien de poner en pie un mínimo esbozo organizativo que deje en manos de los propios Estados involucrados las decisiones relativas a la aplicación de las reglas convenidas (Juste, 1999, p. 45).

Adicionalmente, "a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos de la cooperación internacional, en materia ambiental no se ha creado un organismo especializado como la FAO¹, la OIT², la OMS³, la UNESCO⁴, etc." (Rojas, 2004, p. 98).

La realidad es que en la actualidad existen muchas organizaciones encargadas de la implementación del Derecho Internacional Ambiental, como el Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente (PNUMA), la Comisión de Desarrollo Sostenible (CDS), y otras con actuaciones más específicas como la Organización Meteorológica Mundial (OMM), la Organización Marítima Internacional (OMI), y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), adscritas directa o indirectamente al sistema de Naciones Unidas, y adicionalmente, ONG u otras organizaciones internacionales como la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), que en conjunto con muchas más organizaciones de este tipo cumplen la "función de proveer orientación ejecutiva y actuar como impulsor en el desarrollo de programas de cooperación internacional en materia ambiental" (Rojas, 2004, p. 98).

Estos organismos, en la medida de sus capacidades y de acuerdo con su objeto o razón de ser, hacen un gran esfuerzo en materia de protección del medioambiente, pero en términos generales, carecen de capacidad financiera propia, decisoria e independiente, y en definitiva no cuentan con una estructura institucional propia que les permita actuar con autonomía e independencia. Frente a este aspecto Rojas (2004) afirma: "Así las cosas, la

¹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

² Organización Internacional del Trabajo

³ Organización Mundial de la Salud

⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Educación

práctica internacional dirigida a la protección ambiental, lo que por lo general hace es introducir una mínima organización basada en reuniones consultivas o reuniones de las partes, celebradas con cierta periodicidad" (p. 99). y en este mismo sentido Juste (1999) expresa: "Aparecen así frecuentemente instancias convencionales de cooperación, que presentan una estructura jurídica y administrativa muy ligera y, en muchos casos, una existencia fugaz: comisiones, comités, grupos de trabajo, reuniones de expertos, grupos ad hoc" (p. 46).

No obstante lo anterior, sería injusto no reconocerle la actuación a la ONU y a sus organismos especializados en temas ambientales y a otros no especializados en esta problemática como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que desde sus atribuciones propias, desarrollan tareas encaminadas a la protección del medioambiente, lo mismo se podría afirmar de organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y muchos otros más, que trabajan con los gobiernos para promover políticas que mejoren el bienestar económico, social y ambiental de las personas alrededor del mundo.

A pesar del merecido reconocimiento hecho a las Naciones Unidas y a otros organismos internacionales por su dinamismo en la defensa del medioambiente, es necesario reconocer que esto aún no es suficiente, porque es un hecho evidente que en la actualidad no existe una organización internacional especializada exclusivamente en materia ambiental, ni tampoco un organismo global medio ambiental para la solución de controversias, como sí sucede en otros campos del derecho internacional, que en el caso particular de asuntos económicos, cuenta con un organismo especializado en estos temas como lo es la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su respectivo organismo de solución de controversias, el cual pertenece a su misma estructura (Redgwell, citado por Uribe & Cárdenas, 2010). De allí que tanto la debilidad institucional como la fragmentación o segmentación que caracterizan el DIA reclamen una visión distinta que realmente permita que las relaciones entre la sociedad y la naturaleza se desarrollen en un ambiente de equilibrio y sostenibilidad.

3.1.3 Predominio del *soft law* contra el *hard law*

La palabra *soft law* en el derecho internacional ha tenido diferentes interpretaciones: para una parte representativa de la doctrina, hace referencia a

aquel conjunto de disposiciones normativas intermedias que son utilizadas por sus destinatarios (sujetos de derecho internacional) de forma voluntaria ante la ausencia de fuerza vinculante de las mismas. Asimismo, la forma como se establecen las relaciones internacionales y las características de la cooperación internacional donde se prefieren los acuerdos consensuados entre los Estados, antes que la incorporación de mecanismos obligatorios, pueden en parte, también explicar el origen *soft law* de algunas de las disposiciones internacionales (Uribe & Cárdenas, 2010).

Para autores como Chinkin, este término hace referencia a

Instrumentos que se extienden desde tratados, pero que incluyen solo 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 (Chinkin, citado por Uribe & Cárdenas, 2010, p. 177).

En este sentido, se le ha denominado al *soft law*, derecho suave, en oposición al término *hard law* que se utiliza para referirse al derecho fuerte en la perspectiva de las normas revestidas con estas características, ya que tienen la facultad de contar con mecanismos que garantizan el cumplimiento de los mandatos contenidas en ellas. Para algunos doctrinantes la razón de que existan algunas normas internacionales de características *soft law* se debe fundamentalmente a la naturaleza del derecho internacional; es así como Schermers y Blokker afirman que:

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; y 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" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 178).

En la dinámica de las apreciaciones acerca de la naturaleza del derecho y su relación con las posibilidades de realización, algunos autores han establecido la distinción entre *soft law* y *hard law* como aquello que es derecho y lo que efectivamente no lo es. Específicamente para el profesor P. M. Dupuy la "expresión *soft law* emplea términos paradójicos para definir un fenómeno ambiguo, ya que el derecho o es duro, es decir vinculante, o simplemente no existe" (Dupuy, citado por Juste, 1999, p. 46). La realidad es que en materia

de protección del medio en el nivel internacional y cuando se trata de la aplicación de este derecho a los casos concretos, la tendencia predominantemente está saturada de procedimientos y mecanismos demasiados flexibles, pero carentes de efectividad, es decir, en términos coloquiales, más cantidad que calidad al momento de hacer efectivos los instrumentos legales de protección medio ambiental.

El carácter *soft* del DIA está estrechamente relacionado con la dinámica de su construcción, esto es, que en algunos momentos las normas contenidas en un determinado tratado internacional pueden estar suspendidas o en un proceso de gestación sin llegar a un afianzamiento definitivo (Juste, 1999); esto era lo que pasaba en su momento con las disposiciones contenidas en el Protocolo de Kioto, que a pesar de haber sido acordado en 1997, tuvo que esperar hasta el 2005 para que entrara en vigor. Incluso en los primeros países que lo ratificaron, hacía parte de su ordenamiento interno, pero no se podía efectivizar porque a escala internacional no había nacido efectivamente; esta misma situación se repite constantemente en relación con otros tratados de protección del medioambiente.

De igual forma, la composición suave del DIA se debe a que en muchas ocasiones, y buscando mayor facilidad para la adopción de acuerdos internacionales, los instrumentos nacen en una categoría que ya de por sí es carente de "fuerza jurídica vinculante, tales como, resoluciones, declaraciones, programas, estrategias, códigos de conducta, actas finales de conferencias internacionales, informes de grupos expertos" (Juste, 1999, p. 44), agendas, entre otras; de igual modo cuando, se trata de adaptar una metodología para su "cumplimiento" o aplicación, "son generalmente las propias partes las que se encargan de resolver las cuestiones que suscita la aplicación de los mismos, en el marco de "reuniones consultivas" o "reuniones de las partes", celebradas con cierta periodicidad. De nuevo aquí, la adopción de resoluciones, que no revisten generalmente carácter obligatorio, suele hacerse mediante procedimientos basados en el consenso, posponiendo las cuestiones sobre las que no hay acuerdo unánime para momentos más propicios" (Juste, 1999, p. 45).

Esta característica del *soft law* a pesar de pertenecer en forma genérica al derecho internacional público ha generado más confusión cuando se incorpora al DIA, es así como Bodansky ha hecho un comparativo terminológico entre el derecho internacional público y el derecho internacional ambiental especificando que "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". Asimismo, 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*" (Bodansky, Brunnee, & Hey, citados por Uribe & Cárdenas, 2010, p. 44).

Lo que se esperaría es que en la medida en que el DIA evolucione al nivel de reconocimiento que se necesita, aspectos como la rapidez de la acción legislativa de carácter preventivo, la extensiva participación de Estados y otros organismos, y la flexibilidad de instrumentos legales para adaptarse a la dinámica cambiante del escenario científico, tecnológico y ambiental, deben ser lo único blando (*soft law*) del DIA que permanezca, pero características negativas del *soft law* como la técnica voluntarista en la producción normativa y la insuficiencia de mecanismos efectivos para asegurar su cumplimiento deben desaparecer, y correlativamente darse una mutación del *soft* al *hard law*.

De acuerdo con lo anterior, y en opinión del profesor P. M. Dupuy, "en una visión impresionista, es evidente que una parte substancial del derecho *soft* de hoy describe parte del derecho *hard* del mañana" (Dupuy, citado por Juste, 1999, p. 48). Esta evolución solo será posible, primero, cuando la sociedad tome conciencia de resolver los asuntos relacionados con el deterioro ambiental con un criterio universal y con la consideración de que los ecosistemas son un patrimonio común de la vida presente y futura, y segundo, cuando la comunidad internacional, comprenda que la situación en la que surgió el derecho internacional ambiental toleraba y necesitaba una caracterización *soft law* del mismo, pero ante el peligro al que se expone la vida en todas sus manifestaciones, como consecuencia del deterioro ambiental es urgente la mutación al *hard law* en el DIA.

3.2 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El derecho internacional ambiental se ha desarrollado como una rama autónoma que pertenece al derecho internacional público; en este sentido, las fuentes que lo sustentan, en principio, serán las mismas que, en términos generales, existen para el derecho internacional, las cuales están recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es así, y de conformidad con este estatuto, que cuando la Corte deba decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y como medio

auxiliar, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones⁵.

Es necesario precisar que

... esta enunciación no es completa puesto que también es preciso contar con los actos unilaterales de los Estados, que bajo determinadas circunstancias pueden crear obligaciones jurídicas a cargo de los Estados y también con los actos de contenido normativo derivados de las eventuales competencias normativas de las organizaciones internacionales (Salcedo, citado por Rojas, 2004, p. 88).

Adicionalmente, si se considera que el proceso de formación de las normas para la protección del medioambiente en el ámbito internacional ha estado supeditado a las características especiales del objeto que se pretende regular, entonces se espera que existan otros procedimientos normativos informales, que no tuvieron inicialmente la intención de ser fuentes formales de derecho, pero que, con el tiempo, se han convertido en referentes significativos en la consolidación de este ordenamiento jurídico, por su influencia en la creación de normas del derecho ambiental, tanto a escala nacional como internacional, específicamente este tipo de procedimientos informales en el DIA responden a los nombres genéricos de resoluciones, conferencias, estrategias, directrices, programas, agendas, entre otras, las cuales "han alcanzado en este campo un desarrollo espectacular" (Juste, 1999, p. 53).

3.2.1 Los tratados internacionales

Las principales fuentes de derecho internacional son, sin lugar a dudas, los tratados o las convenciones. Esta afirmación se desprende del orden y la importancia que les otorga el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya que su artículo 38, numeral 1), literal a), dispone que al momento de aplicar el derecho internacional para solucionar alguna controversia, la Corte Internacional de Justicia deberá tomar primeramente "las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes"⁶. En este sentido es importante recordar que en materia de derecho internacional se carece de una entidad legislativa que produzca las leyes con destino a los sujetos del derecho internacional.

⁵ En los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶ En los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En este orden de ideas,

... son los Estados mismos, en principio, los que establecen, por medio de acuerdos expresos, las normas jurídicamente vinculantes que regularán sus relaciones. (...) 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 (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 129).

En el campo del derecho internacional ambiental la tendencia a encontrar en los tratados o en las convenciones la fuente de mayor importancia no ha sido la excepción. El creciente volumen de tratados internacionales para la protección del medioambiente en los últimos 40 años es evidente, y es explicado por el carácter sectorial del DIA. Desafortunadamente, la gran cantidad de tratados internacionales, en lugar de presentarse como una ventaja del DIA, se presenta como una situación que, a pesar de ser normal en el ordenamiento internacional, en este caso puntual, genera una exacerbación particular, ocasionando una hipertrofia porque el carácter fragmentario y disperso del desarrollo normativo del DIA "ha dificultado la aparición de reglas generales y ha ocultado las dimensiones globales del problema (...)—lo que también explica por qué en la actualidad no existe— ningún convenio multilateral general que se ocupe de los diversos aspectos de la protección del medioambiente en su conjunto" (Juste, 1999, p. 54).

La gran proliferación de tratados internacionales en defensa del medioambiente oculta la verdad de unas imperfecciones congénitas, las cuales justamente son las que permiten que los Estados terminen aceptando fácilmente la adopción de estos tratados; frente a este aspecto el profesor José Juste (1999), con fundamento en aportes de otros académicos como Paul C. Szasz y Paolillo F., ha enunciado algunas de las causas de por qué el proceso de celebración de los tratados ambientales traduce efectivamente todas las debilidades del procedimiento normativo convencional; en este sentido, el profesor en mención sostiene:

1. Lentitud de las diversas fases o etapas de su elaboración, exigencia de un número mínimo de ratificaciones para entrar en vigor, necesidad del consentimiento específico de cada Estado en obligarse por el convenio, y posibilidad de emitir reservas que pueden reducir el alcance de las obligaciones establecidas" (p. 54).
2. "El rigor jurídico-formal de los instrumentos convencionales se ha visto frecuentemente contrapesado por una particular vaguedad de

su contenido material. Así, los compromisos jurídicos establecidos en los tratados ambientales han sido generalmente formulados en términos poco contundentes, viéndose a menudo acompañados de matizaciones reduccionistas y de prescripciones condicionales o, en ocasiones, abiertamente potestativas (...).

3. Las transacciones políticamente necesarias o convenientes, que se manifiestan durante el proceso negociador, reducen a menudo el resultado final a una suerte de máximo común denominador convencional" (p. 55). Un caso que se expone con mucha frecuencia para ilustrar este minimalismo jurídico de los compromisos jurídicos de los tratados ambientales es el Convenio sobre Contaminación Transfronteriza a Gran Distancia que en su artículo 2 estipula, que "Las partes contratantes, (...) "se esforzarán por limitar y, en la medida de lo posible, reducir gradualmente e impedir la contaminación atmosférica" incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia⁷.
4. El nivel de cumplimiento efectivo de los compromisos ambientales es todavía hoy, en numerosas ocasiones, deficiente, en algunos tratados ambientales, ni siquiera las exigencias procesales más básicas, como la obligación de enviar informes, son observadas mayoritariamente por los Estados Partes (...).
5. Numerosos tratados ambientales han sido negociados y concluidos sin una participación adecuada de los países en desarrollo, por lo que los intereses de estos Estados pueden no haber sido tomados suficientemente en consideración (p. 55).

A pesar de la multiplicidad de inconvenientes en el "vigoroso" desarrollo normativo de este ordenamiento jurídico, es necesario reconocer que los tratados internacionales constituyen la principal fuente de derecho internacional para la protección del medioambiente. En términos generales, este tipo de instrumentos internacionales tienen características que los diferencian de otros tipos de tratados internacionales; la razón principal de esta distinción está precisamente en el objeto que pretende regular, y su finalidad: lograr un equilibrio entre la relación sociedad-naturaleza, es decir, encontrar soluciones adecuadas a la realidad que enfrenta la protección del planeta; de un lado la satisfacción de necesidades de la humanidad, y del otro lado, la fragilidad de los ecosistemas que aseguran la vida.

⁷ En los términos del artículo 2 del Convenio sobre Contaminación Transfronteriza a Gran Distancia.

De acuerdo con lo anterior, los tratados internacionales de protección del medioambiente deben contener una gran diversidad de temas, entre los que se pueden contar, el adecuado funcionamiento de un ambiente natural, las implicaciones de uso o explotación de un recurso natural, las adecuaciones tecnológicas que se requieren para minimizar los impactos negativos de su utilización, además de las consideraciones políticas, económicas y financieras. De ahí que la precisión científica deba ser una condición esencial e inherente al contenido de un tratado ambiental, lo que los convierte posiblemente, "en el único mecanismo para establecer con claridad y exactitud, cifras, porcentajes, determinación de sustancias, procedimientos químicos, entre otros aspectos" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 132), relacionados con la protección del medioambiente.

El grado de complejidad que caracteriza el surgimiento y el contenido de los tratados internacionales en materia ambiental pueden llegar a dificultar su nacimiento, el proceso de adopción por parte de los Estados, la ratificación y la posterior comprensión para su puesta en funcionamiento. Esta situación también explicaría, primero, por qué "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" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 133) y segundo, justifican el porqué de las etapas previas que se siguen antes de la suscripción de este tipo de tratados, "las cuales se inician con la identificación de un problema ambiental que requiere normativa internacional, siguiendo con el establecimiento del lugar o institución que sirva para el estudio del tema, y la realización de una Conferencia general⁸ que presente los estudios y acuerdos previos para la ratificación y aceptación por parte de los Estados" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 134).

Es importante precisar que la técnica normativa que se utiliza en el proceso normativo internacional es también particular, ya que es muy usual que en este tipo de procedimientos, y ante la evidencia de un problema ambiental que requiere una acción normativa internacional, algunos de los posibles destinatarios de las medidas legales (Estados), en un primer mo-

⁸ A estas conferencias pueden asistir diferentes actores interesados en la protección del medioambiente como ONGs u otros organismos internacionales independientes del sistema de Naciones Unidas. Así mismo, es importante resaltar el papel tan importante que ha tenido las Naciones Unidas y sus organismos especializados como el PNUMA en estas primeras etapas de negociación de los instrumentos internacionales ya que han servido como instrumentos para la creación de comités especializados de estudio y preparación de los tratados, por iniciativa de los Estados.

mento y dadas determinadas condiciones que aún deben considerar, no estén muy convencidos de asumir compromisos definitivos; ante esta situación y de conformidad con la técnica normativa, lo que se hace es la elaboración de un convenio marco, en el que se establecen, al menos, unos lineamientos generales de cooperación internacional, y posteriormente, se elabora uno o varios acuerdos sucesivos que se les denomina protocolos, en los que se completará el convenio inicial dotándolo de un contenido concreto (Rojas, 2002).

Finalmente, una técnica que se usa con regularidad para la protección del medioambiente atmosférico es denominada "asimetría convencional" y consiste en relativizar y diversificar tanto las obligaciones como los derechos de las partes de acuerdo con el grado de responsabilidad frente al problema ambiental y el nivel de desarrollo económico, científico e incluso normativo del Estado parte individualmente considerado. Esta técnica posibilita la adopción de obligaciones diferenciadas de acuerdo con unos porcentajes de cumplimiento y en unos periodos de compromisos de conformidad con unas fechas preestablecidas; asimismo, puede ofrecer para otros Estados incentivos por mejores resultados de gestión, y derogaciones particulares o periodos de gracia por la mínima responsabilidad del Estado con relación al problema ambiental (Juste, 1999).

3.2.2 La costumbre internacional

Siguiendo con el orden establecido por el Estatuto de la Corte internacional de Justicia, con respecto a la costumbre internacional, se puede decir que definitivamente fue

... la primera fuente formal del 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 (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 138).

En el contexto general del derecho internacional, para que una norma se pueda considerar como costumbre internacional debe reunir dos condiciones: la primera hace alusión a la práctica estatal, que en el campo del derecho internacional contemporáneo sería más apropiado hacer referencia a la práctica internacional, y se cumple cuando se evidencia la existencia de un elemento objetivo de conducta por parte de los Estados, el cual, según la

Corte Internacional de Justicia, debe estar "*de acuerdo con un constante y uniforme uso practicado por los Estados en cuestión*" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 141). En este sentido, "prácticas inciertas o contradictorias de acuerdo con los postulados más tradicionales de la Corte, no pueden llegar a constituir costumbre internacional" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 144). Adicionalmente, es necesario que la conducta sea practicada por un número representativo de los miembros de la comunidad internacional. La segunda condición para que una práctica internacional sea considerada como costumbre internacional es el "*opinio juris sive necessitatis*", el cual está asociado al hecho de que la conducta esté ajustada a la ley, y que exista la convicción de que esa práctica continua, se constituya en una regla, que los sujetos del derecho internacional aceptan como legalmente obligatoria (Kiss, citado por Uribe & Cárdenas, 2010).

En el terreno ambiental, la costumbre internacional no tiene una buena recepción; esto se debe principalmente a que se da una serie de circunstancias especiales que hacen incompatible la costumbre y la dinámica del desarrollo normativo del DIA: primero, la condición de práctica continuada en el tiempo, propia de la costumbre, se opone a la realidad de un derecho ambiental muy joven que no ha contado con la ventaja de constituir reglas consuetudinarias con el paso del tiempo en comparación con otras disciplinas del derecho internacional; segundo, la problemática ambiental requiere de rapidez y flexibilidad para adaptarse a las situaciones diversas, cambiantes y en permanente evolución de la dinámica ambiental, y la naturaleza misma de la costumbre no satisface esas exigencias del DIA (Juste, 1999); y tercero, algunas de las reglas consuetudinarias que han surgido en el ordenamiento jurídico ambiental, como la obligación de cooperación entre Estados, y los deberes de información y consulta cuando se trate de proteger el medioambiente terminan siendo frecuentemente, por sí solas, muy generales y carentes de estándares de conducta precisos, que puedan servir como referentes para verificar su cumplimiento por parte de los Estados (Rojas, 2002).

A pesar de lo anterior, es importante establecer que la costumbre internacional en materia ambiental tiene mucho potencial y puede ser una valiosa herramienta para la defensa del medioambiente porque los aspectos propios de la esencia de la costumbre como la continuidad, la permanencia, la uniformidad y la generalidad son afines con la esencia de los principios del derecho. En este sentido, la aplicación regular de los principios del derecho internacional ambiental por parte de los Estados y otros actores comprometidos con la protección del medioambiente como las ONG y otros organismos

internacionales puede generar mayor respeto por los mismos, y de esta manera algunos principios que en la práctica han sido tomados como simples disposiciones declarativas pueden convertirse en regla consuetudinaria debido al respaldo de una *opinio iuris* sólidamente arraigada, y generalmente compartida por parte de los sujetos de la comunidad internacional.

3.2.3 Los principios fundamentales en el derecho internacional ambiental

Un análisis formal acerca de la importancia de los principios en materia ambiental empezaría por establecer, que de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas"⁹ ocupan el tercer lugar en el orden jerárquico de las fuentes del derecho internacional. Sin embargo, es necesario precisar que debido al reciente desarrollo del derecho internacional ambiental y dadas las condiciones especiales que lo caracterizan, asuntos como la determinación de un orden preciso de fuentes de derecho, definición y naturaleza de los principios fundamentales del DIA, así como la capacidad para hacer exigibles los compromisos a los sujetos del derecho internacional, entre otros temas, integran un bloque de aspectos que aún no están completamente resueltos en el derecho internacional ambiental.

En tal sentido y específicamente en relación con el tema de los principios, es evidente la dificultad, y al mismo tiempo la necesidad de saber cuáles de los postulados con criterio filosófico, axiológico, científico, económico y político que reposan en la variedad de instrumentos internacionales para proteger el medioambiente, pueden ser considerados como principios porque revisten un grado de juridicidad específica o porque, a pesar de no tener esa suficiencia, sea necesario, por otros medios, hacer exigibles esos principios para los sujetos del derecho internacional, porque de ello depende en forma esencial, un equilibrio en las relaciones sociedad-naturaleza, que asegure la estabilidad de los ecosistemas del planeta.

Es fundamental recordar que el funcionamiento de los sistemas naturales responde a una dinámica universal en términos temporales y espaciales. En este sentido, el ser humano, en su dimensión de ciudadano del mundo, queda sometido a unas reglas de conducta comunes. No reconocer esa realidad conduce con el paso del tiempo, a una incompatibilidad entre la forma de organización social convencional (que responde a criterios jurídicos propios para cada Estado) y el equilibrio de la naturaleza. De allí la importancia de

⁹ En los términos del artículo 38, numeral (1), literal (c); del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

resolver los problemas ambientales en el terreno del derecho internacional, y de manera especial, considerar la función que los principios pueden desempeñar en estas situaciones y comprender, desde esta perspectiva, que como "los principios se basan u originan en concepciones permanentes y universales (los valores), pero concentran las concepciones en función del tiempo y del lugar de aplicación" (Lledo, citado por Rojas, 2004, p. 133), estos pueden ser utilizados "como una herramienta de especial importancia que permita orientar tanto el concepto como la fundamentación de los derechos ambientales en perspectiva de integralidad" (Mesa, 2010, p. 128).

Por lo anterior, es posible encontrar en los principios del derecho internacional ambiental un criterio unificador de finalidades por fuerza mayor (las leyes de la naturaleza) que ayude "al legislador, al ejecutivo y al juez a producir, aplicar e interpretar las normas teniendo en cuenta una fundamentación de los derechos ambientales, orientados específicamente desde la responsabilidad y la solidaridad y que se han convertido en los principales límites a las acciones humanas y de las empresas, el capital, y el Estado, para la garantía y la protección efectiva de los derechos y libertades" (Mesa, 2010, p. 128) de una sociedad que debe actuar bajo criterios de respeto por el medioambiente que habita, tanto en su relación directa como conglomerado social de un Estado en particular, como en su vínculo más global, esto es, como parte integrante de un grupo mayor que existe gracias al regalo que da la vida en el ecosistema "Tierra".

En términos generales, los principios del derecho cumplen funciones importantes para el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico; en síntesis, se puede establecer que son tres:

... colmar las lagunas o vacíos legales; ser un criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas y, constituir postulados éticos que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico, bien porque el derecho se remite expresamente a ellos, o bien porque se considera que todo sistema jurídico, para ser considerado como tal, debe tenerlos presente (Rojas, 2004, p. 135).

Con respecto a la función de los principios en materia ambiental, se puede afirmar que estos se establecen para servir de guías o parámetros jurídicos para la acción y el comportamiento de los sujetos del derecho internacional frente al objetivo esencial del DIA, que es el de proteger, preservar y mejorar el medioambiente, de tal manera que los principios son la base fundamental para que todos aquellos lineamientos se cumplan, se perfeccionen y se consoliden.

A continuación se definirán los principales principios consignados en los más importantes instrumentos internacionales de protección del medioambiente.

• Principio de cooperación internacional

En materia de derecho internacional, la cooperación entre Estados es imprescindible. De manera general se puede establecer que este principio se fundó en el artículo 74 de la Carta de la Naciones Unidas como equivalente al principio general de buena vecindad, que determina que las actuaciones de los miembros de las Naciones Unidas se deben desarrollar teniendo en cuenta el principio de buena vecindad, lo que implica que al momento de establecer políticas se deben tener en cuenta los intereses y el bienestar del resto de los Estados del mundo¹⁰.

Estas primeras manifestaciones de cooperación entre Estados eran el resultado de acuerdos formales de ayuda mutua ante la existencia de problemas comunes en aspectos sociales, económicos y comerciales, principalmente, pero en materia ambiental la cooperación es un requisito que impone la esencia del objeto que se pretende regular, es decir, la protección del medioambiente está relacionada con un asunto de interés para toda la humanidad, en donde las acciones de un Estado pueden desencadenar en un problema que materialmente no conoce límites territoriales; de ahí que abordar tanto la prevención como la protección en materia ambiental implica como requisito fundamental el cumplimiento del principio de cooperación internacional.

El principio de cooperación internacional ha sido tenido en cuenta en múltiples instrumentos internacionales de forma directa e indirecta; por ejemplo, la Declaración de Estocolmo de 1972 en su principio 24 establece: "Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio"¹¹; de la misma forma, en la Declaración de Río de 1992, se estipula en su principio 5 que, "todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible..."¹²; y en el principio 27 que, "los Estados y las personas deberán 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"¹³.

De otra parte, algunos doctrinantes como Mejía (2002) han interpretado los principios 7 y 18 de la Declaración de Río, para determinar la existencia del "*principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas*" y del "*principio de información y notificación*", respectivamente; y a pesar de que esta clasificación puede tener validez, se comparte el criterio de Juste (1999), según el cual, los principios 7 y 18 pueden hacer parte del principio de cooperación internacional, precisando que la observancia del principio de cooperación internacional deberá considerar que en vista de que los Estados han contribuido de distinta manera a la degradación del medioambiente, de igual forma, las responsabilidades serán comunes pero diferenciadas¹⁴. Asimismo, para asegurar el cumplimiento del principio, los Estados deberán intercambiar información relevante para la protección ambiental, notificar prontamente y prestar asistencia a otros Estados en situaciones de emergencia que puedan ocasionar daños al medioambiente¹⁵.

• Principio de prevención

El objetivo fundamental del derecho ambiental, tanto nacional como internacional, es el de regular las conductas humanas para prevenir los daños que estas puedan causar en el medioambiente; en este sentido, este principio se puede considerar la columna vertebral del derecho internacional ambiental, toda vez que la realización del mismo implica el compromiso de "prevenir cualquier daño al medioambiente, reduciendo, limitando o controlando las actividades que pueden causar o provocar un riesgo en la producción de tal perjuicio" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 186); en términos más generales, se concreta cuando se pueden anticipar las posibles consecuencias negativas

¹³ Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo de 1992.

¹⁴ Principio 7: 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 medioambiente 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 medioambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen. En: Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.

¹⁵ Principio 18: Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medioambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados. En: Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo.

¹⁰ En los términos de la Carta de las Naciones Unidas, artículo 74.

¹¹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano de 1972

¹² Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo de 1992.

que sobre el medioambiente generaría una determinada actividad, y de esta manera emprender acciones para evitar que ocurra el daño (Nava, 2005), más aún, y como sucede en materia ambiental, porque en muchas ocasiones los daños, una vez ocurridos, son irreversibles.

De acuerdo con lo anterior, la minimización de los daños al medioambiente se constituye en un factor común entre la finalidad del principio de prevención y el objetivo general del derecho ambiental; de ahí que muchos de los instrumentos internacionales para la defensa del medioambiente contengan directrices que desarrollen este principio. Específicamente, la Declaración de Estocolmo consagra, en su principio 6, que deben tomarse acciones conducentes a prevenir que las descargas de sustancias tóxicas o de otras materias, y la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas pueden generar un daño grave e irreparable a los ecosistemas y en el mismo sentido, en el principio 7, se estipula 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"¹⁶.

Por su parte, la Declaración de Río desarrolló el principio de prevención en conjunto con el de cooperación internacional, al disponer en el principio 14, que "los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera de las actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana"¹⁷. Asimismo, existen tratados internacionales que desde su misma concepción están dirigidos en su totalidad a desplegar el principio de prevención; es el caso de la Convención para la Prevención de la Contaminación de la Aguas del Mar por Hidrocarburos que desde su misma denominación y de acuerdo con su preámbulo, nació movida por el anhelo de tomar medidas de común acuerdo entre los Estados firmantes para prevenir la contaminación del mar ocasionada por la descarga de hidrocarburos de los buques¹⁸.

La prevención de la contaminación no solo se puede predicar en un territorio determinado; de hecho, la existencia de un tipo especial de contami-

¹⁶ En los términos del principio 7 de la Declaración de Estocolmo.

¹⁷ En los términos del principio 14 de la Declaración de Río Sobre el Medioambiente y el Desarrollo.

¹⁸ En los términos del preámbulo del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques.

nación transfronteriza o de problemas ambientales de dimensiones globales como los que comprometen la estabilidad de la atmósfera (cambio climático y protección de la capa de ozono) y la pérdida de biodiversidad, implican que también sea necesario el cumplimiento del principio de prevención por contaminación o daño ambiental transfronterizo. En este sentido algunos tratados internacionales consagran algunas disposiciones referidas a este principio. Es así como la Convención Marco para el Cambio Climático tiene como objetivo "lograr la estabilidad de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático"¹⁹ y el Convenio sobre Diversidad Biológica, establece que "es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica"²⁰ (Uribe & Cárdenas, 2010).

• Principio de precaución

La satisfacción de las necesidades humanas a lo largo de la historia ha implicado para el ser humano, el asumir los peligros inherentes al proceso de explotación de los recursos que la naturaleza le proporciona. Gracias a la aplicación de la ciencia y del conocimiento a la tecnología, la sociedad ha superado las situaciones de peligro, pero ha quedado expuesta a los riesgos propios de la evolución científica, riesgos que pueden afectar tanto al hombre como a la naturaleza. Particularmente, en materia ambiental la ciencia ha buscado la certeza y la seguridad al momento de aprovechar los recursos naturales; sin embargo, la incertidumbre y la incapacidad de la ciencia para prever daños irreversibles en el entorno natural dio lugar al surgimiento del principio de precaución.

Los orígenes del principio de precaución se pueden rastrear en el derecho ambiental de la antigua República Federal Alemana de los años 70, y consistía en la orientación de la "actuación de los poderes públicos en el sentido que se deben valorar y tener en cuenta las implicaciones ambientales de sus decisiones y actuaciones" (Esteve, 2009, p. 142). Esta postura fue muy limitada con respecto al enfoque que se daría posteriormente a este principio en el ámbito internacional; de hecho la primera remisión a este principio, como se conoce en la actualidad, se encuentra en la Carta Mundial de la Naturaleza y específicamente en el principio 11:

Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son

¹⁹ En los términos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

²⁰ En los términos del Convenio sobre Diversidad Biológica de las Naciones Unidas.

mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales²¹.

No obstante lo anterior, la Declaración de Río consagraría posteriormente la enunciación más conocida y generalizada del principio de precaución, en el principio 15, que establece que

... con el fin de proteger el medioambiente, 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 medioambiente²².

Desafortunadamente en la práctica, algunos países como EE. UU.²³ hacen una interpretación laxa de este principio al punto de confundirse con el de prevención, ya que en la aplicación del principio de precaución, se invierte la carga de la prueba, y se exige un fundamento científico razonable para alegar posibles efectos ambientales dañinos o peligrosos de una actividad en principio no prohibida (Rodríguez, 2005).

Dadas las anteriores consideraciones, no se puede confundir el principio de prevención con el de precaución. En la categoría preventiva las medidas en defensa del medioambiente se aplican a partir de la información científica existente que permita objetivamente asegurar que determinada actividad que se realiza o se realizará afecta negativamente el medioambiente, mientras que "el presupuesto para invocar el principio de precaución es la constatación de una situación de incertidumbre científica en torno a un riesgo potencial para el medioambiente o la salud" (Esteve, 2009, p. 143), es decir, no es necesaria la evidencia científica del daño para invocar el principio, y por el contrario, el simple hecho de que exista duda acerca de las posibles implicaciones de una actividad sobre el medioambiente es suficiente para detener la acción.

• Principio "quien contamina paga"

Las relaciones que se establecen entre la economía, el medioambiente y el derecho se dan en un escenario condicionado por el nexo sociedad-natura-

²¹ En los términos del principio 11, literal b, de la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas.

²² En los términos del principio 15 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.

²³ Estados Unidos es uno de los países donde más se critica el principio de precaución porque se considera que puede conducir a una situación de bloqueo y porque este país es uno de los que mantiene una postura más permisiva ante las innovaciones tecnológicas (Esteve, 2009, p. 149).

leza. A lo largo de esta investigación, y especialmente en su parte inicial, se analizó que entre desarrollo económico y protección del medioambiente existe una disyuntiva que se constata porque el funcionamiento del sistema económico genera unas externalidades negativas sobre la colectividad, es decir, la utilización de la naturaleza en el proceso de producción, distribución y consumo genera unos costos sociales por la contaminación y el agotamiento de los recursos naturales.

Estos costos, generalmente no están internalizados en las estructuras financieras de los agentes económicos y los terminan pagando las personas que en nada se benefician de la actividad económica, pero que deben soportar las implicaciones de la contaminación. En consecuencia, el principio "quien contamina paga" tiene la finalidad de que los costos de la contaminación sean asumidos por los que verdaderamente la causen, adoptando medidas para su prevención a través de diferentes mecanismos que van desde la aplicación de medidas de control con imposición de impuestos o multas, hasta la concesión de incentivos para la reconversión industrial con programas de promoción de industrias limpias, todo ello coordinado por las autoridades públicas²⁴.

Los orígenes de este principio se pueden hallar en una serie de recomendaciones hechas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La primera recomendación fue en 1972 y en ella se establecieron unos principios guía relacionados con aspectos económicos internacionales de las políticas ambientales, dentro de los cuales se incluyó el principio "quien contamina paga" (Rodríguez, 2005). Posteriormente hubo otras recomendaciones del mismo organismo (1974 y 1989) y otros instrumentos internacionales sobre temas puntuales de la conservación de la naturaleza y los recursos naturales en los que se evocó nuevamente este principio.

No obstante, su mayor difusión se dio con la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo en 1992, al establecer en su principio 16 que "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"²⁵. Hoy en día, la interpretación de este principio ha dado lugar a distintas

²⁴ Un análisis más preciso de la forma como se puede concretar este principio en los diferentes instrumentos técnicos de economía y sus respectivas ventajas y desventajas fue desarrollado en el primer capítulo de esta investigación.

²⁵ En los términos de la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, principio 16.

críticas siendo las más fuertes las que provienen de algunos sectores de la economía ecológica, por considerar que "el efecto perverso de esa idea es que si el contaminador paga, entonces se produce a su favor un derecho a contaminar; por lo tanto, la actualización de este principio deberá tomar en cuenta el interés público" (Nava, 2005, p. 828).

• ***Principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales y prohibición de causar daños ambientales más allá de la jurisdicción nacional***

El derecho internacional tiene como propósito regular aquellos asuntos que por ser comunes a varios Estados pueden, en algún momento, poner en riesgo la estabilidad de las relaciones internacionales. En este orden de ideas, este principio de manera especial tiene como fin la armonización de dos situaciones que apuntan en direcciones contrarias: de un lado, el derecho soberano del que gozan los Estados de utilizar en beneficio propio sus recursos naturales, dentro de los límites que la normativa nacional les imponga, y del otro lado, la obligación correlativa de prevenir los eventuales daños que, como consecuencia del aprovechamiento del entorno natural, se le pudieran ocasionar al medioambiente de otros Estados o por fuera de sus límites fronterizos, situación que es apenas previsible, si se considera que en realidad, los ecosistemas no funcionan dentro de la lógica que impone la organización territorial a escala internacional.

El principio que hace alusión a la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales fue estipulado por las Naciones Unidas en la Resolución 1803 (XVII) de 1962 al declarar en el primer numeral: "El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado"²⁶; y a pesar de que dicho principio debía ser entendido dentro de los límites que imponía el derecho internacional con el principio de buena vecindad que consagra la Carta de las Naciones Unidas, la concreción en un solo principio de ambos propósitos vino con la Declaración de Estocolmo de 1972 y específicamente en el principio 21, el cual estableció:

Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción²⁷.

²⁶ En los términos de la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁷ En los términos de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

De igual manera, la prohibición de causar daños al medioambiente más allá de la jurisdicción nacional se introdujo en varios instrumentos internacionales, dentro de los cuales se destacan: la Declaración de Río, porque de una forma muy similar lo estipula en el principio 2; la Convención Marco sobre Cambio Climático, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y el Convenio sobre la Diversidad biológica, porque su área de influencia es esencialmente global; y el Convenio de Basilea para el Control de Movimiento Transfronterizo de Residuos Peligrosos y el Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia, porque la realización del objeto para el cual fueron creados implica el desarrollo del principio en sí mismo.

3.2.4 **La jurisprudencia, la doctrina y los procedimientos normativos informales**

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece una categoría especial de fuentes de derecho, las cuales solo serán aplicables en aquellas situaciones donde no se encuentre una solución a un caso concreto, haciendo uso de las fuentes principales: los tratados, la costumbre y los principios del derecho internacional; de ahí que la jurisprudencia y la doctrina sean consideradas como fuentes auxiliares del derecho internacional. Este aspecto se constata fácilmente a partir del análisis del artículo 38 literal (d) del Estatuto en mención, que establece: "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"²⁸.

Específicamente con respecto a la jurisprudencia internacional en materia ambiental es necesario hacer algunas precisiones; en términos generales la jurisprudencia es entendida como "las decisiones jurisdiccionales que dictan los jueces, en aplicación de la ley a los casos concretos que les son sometidos" (Quintero & Prieto, 2008, p. 96). En este orden de ideas, se infiere que la jurisprudencia internacional en el campo ambiental está contenida en las sentencias de los órganos internacionales, que en cumplimiento de sus funciones y aplicando el derecho internacional ambiental, hayan resuelto alguna controversia relacionada con la protección del medioambiente.

Esta consideración tiene en la práctica consecuencias importantes. Primero, que la jurisprudencia en materia ambiental haya tenido un tímido desarrollo, aunque en los últimos años esta situación esté cambiando; segundo, que la principal causa de esta situación se deba a que en este campo no existe un

²⁸ En los términos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

organismo internacional especializado en conocer de este tipo de procesos, lo que de entrada limita el acceso a la justicia y, por ende, explica la escasez de fallos judiciales; y tercero, que las sentencias internacionales existentes en cuestiones ambientales provengan, por lo general, de controversias entre Estados, de lo cual conoce la "recién" (1993) creada Sala Especial de asuntos ambientales de la Corte Internacional de Justicia; de sentencias de las Cortes de Derechos Humanos (principalmente la Interamericana y la Europea) que por conexidad con los derechos humanos han resuelto asuntos relacionados con la protección del medioambiente; de decisiones del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, y de algunos tribunales arbitrales constituidos para casos puntuales.

De otro lado, es necesario precisar que de conformidad con la parte final del literal (d) del ya mencionado artículo 38, que estipula que la jurisprudencia y la doctrina serán fuentes auxiliares para la determinación de reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, y que teniendo en cuenta que este artículo consagra que "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido"²⁹, se podría concluir que la jurisprudencia está desprovista del carácter vinculante³⁰ del que gozan otras fuentes del derecho internacional como los tratados, la costumbre y los principios, pero ha proporcionado bases para la consolidación de planteamientos sustanciales en el derecho internacional (Uribe & Cárdenas, 2010).

De igual manera, y por obvias razones, la doctrina tampoco es fuente obligatoria de derecho internacional, pero no se podrá desconocer que las "doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones"³¹ han influido y contribuido notablemente, y las investigaciones y publicaciones de los más connotados tratadistas del derecho internacional han servido como "un medio importante para la clarificación de las reglas aplicables a un caso específico cuando existan dudas acerca de su interpretación y aplicación" (Uribe & Cárdenas, 2010, p. 174).

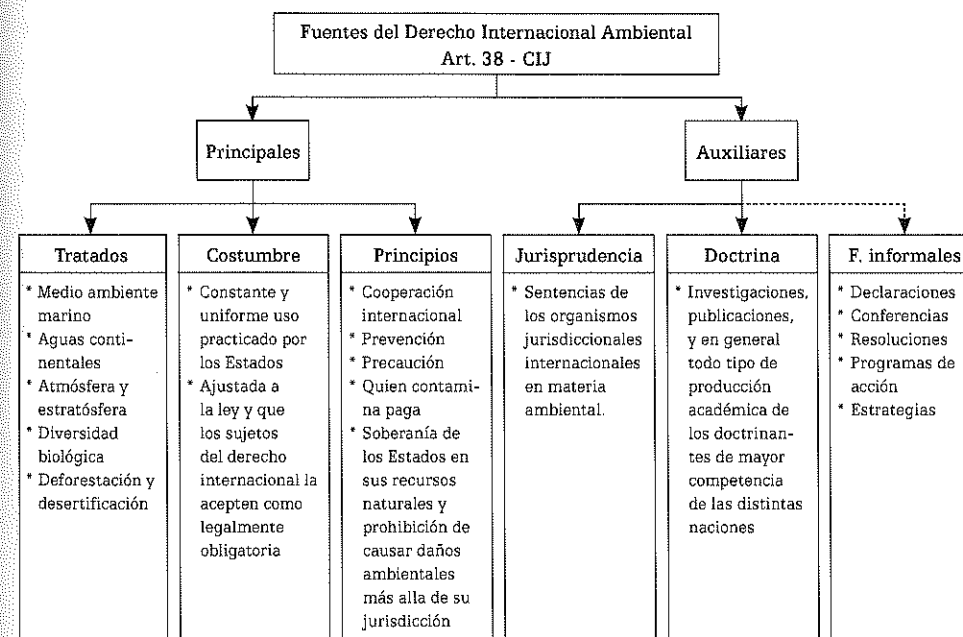
En el derecho internacional ambiental existen otros instrumentos como las declaraciones, conferencias, resoluciones, programas de acción, estrategias, etc., a los que se les puede denominar procedimientos normativos informales y que se distinguen de los tratados (convenios, protocolos, con-

venciones, pactos, estatutos) en el carácter vinculante de su normativa y también porque tienen un valor esencialmente prospectivo o programático, pero en ciertos momentos, estos instrumentos han evolucionado a un rango superior en relación con el de su concepción inicial, como ha sucedido, solo para citar los casos más ejemplarizantes, con las Declaraciones de Estocolmo y Río (Juste, 1999).

Finalmente, es fundamental tener en cuenta la importancia de estas fuentes auxiliares e informales del derecho internacional ambiental, porque existe entre ellas algo en común: todas en su momento han tenido o tendrán un destacado papel, bien porque como en el caso de procedimientos normativos informales, con el paso del tiempo y a fuerza de legitimación, se han constituido en insumos para el contenido de los actuales y futuros tratados internacionales o, mejor aún, porque con el conocimiento depositado en la jurisprudencia y la doctrina se pueden establecer las bases para el desarrollo del derecho procesal internacional en el campo ambiental.

Para una mejor comprensión, en el gráfico 19, se presenta un esquema que sintetiza las fuentes del derecho internacional ambiental:

Gráfico 19. Fuentes del Derecho Internacional Ambiental



-----> Fuente no oficial de conformidad con el estatuto de la CIJ

Fuente: elaboración propia con fundamento en la investigación

²⁹ En los términos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³⁰ Un análisis más preciso de la fuerza vinculante que puedan llegar a tener las sentencias de las altas Cortes a nivel internacional será abordado en el capítulo cuatro.

³¹ En los términos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.