

# FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIOAMBIENTE\*

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. FUENTES FORMALES DEL DIMA; A. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA IDEA GENERAL DE “FUENTE FORMAL”; B. ENUNCIACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTO DE LAS FUENTES FORMALES DEL DIMA; 1. TRATADOS INTERNACIONALES; 2. COSTUMBRE INTERNACIONAL; 3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO; 4. OTRAS FUENTES; A. ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES; B. ESTOPPEL; C. ACTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES INTERGUBERNAMENTALES; D) JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL; E) DOCTRINA INTERNACIONAL; III. PRINCIPIOS GENERALES DEL DIMA; A. PRINCIPIO DE SOBERANÍA; B. PRINCIPIO DE COOPERACIÓN EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS; C. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN; D. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN; E. PRINCIPIO DE DESARROLLO SUSTENTABLE; F. PRINCIPIO DE LAS RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS; REFLEXIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

Destacamos la importancia del estudio de las fuentes formales del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), en tanto esas “fuentes” constituyen el subsistema jurídico de esa rama del Derecho Internacional Público, en su calidad de conjunto de normas y principios de los que emergen los derechos y obligaciones en materia ambiental de los sujetos internacionales.

Atento a que el DIMA es parte del Derecho Internacional Público (SIMMA, B.- PULKOWSKI, D, 2006, 483-485) seguiremos el marco usual de estudio de las fuentes formales, el que se basa en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ)<sup>1</sup>, receptando otras fuentes, si bien, éstas últimas -a nuestro criterio tal como lo fundaremos más adelante- están, en sentido amplio, tácitamente incluidas en las contempladas en el referido dispositivo de la Corte. Si bien, se ha señalado que el DIMA actual ya no sólo tiene por actores principales a los Estados y que las fuentes creadas por ellos no responden a las

---

<sup>1</sup>\* Trabajo publicado en SINDICO, F. (Coord.) *Environmental Law*, University of Surrey, CMP Publishers, London, 2010.

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina; Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba; Directora del Instituto de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Directora del Anuario Argentino de Derecho Internacional. (zlata1@fibertel.com.ar).

“Art. 38: 1. La Corte cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1. a) las convenciones internacionales sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ‘ex aequo et bono’, si las partes así lo conviniere”.

necesidades de la regulación del medio ambiente en la actualidad (SINGLETON-CAMBAGE, K. 1995-1996, 171-187), los Estados continúan siendo los sujetos básicos del Derecho internacional, no debiendo olvidarse que el conjunto normativo que han ido creando es producto de un complejo proceso social, en el que participan distintos actores (ALLOT, PH., 1999, 31-50), lo que -por cierto- en el derecho del medio ambiente se torna más dinámico y visible, aún cuando no altera en esencia las verdaderas fuentes del DIMA, que se ven reflejadas en el art. 38 del ECIJ.

Resaltaremos las características particulares que presenta el DIMA en materia de fuentes, en el entendimiento de que el Derecho Ambiental se perfila cada vez más como un área autónoma no sólo del derecho internacional público sino del derecho en general, en tanto no es la simple aplicación del Derecho internacional público o de otras ramas del derecho a los problemas ambientales. El DIMA es un área específica, en la que -al decir de Cassese (CASSESE, A 2005, 487)- los Estados han elaborado una particular e “innovativa ingeniería legal”. Por nuestra parte, observamos que sin una visión compacta, integral, unitaria, propia del derecho ambiental, es imposible aplicar o transpolar adecuadamente otras áreas del derecho -entre ellas el Derecho internacional público- a los problemas ambientales.

Atento a que este capítulo es parte de un manual de Derecho Internacional del Medio Ambiente es que no damos por supuestos preconocimientos de la teoría del Derecho internacional en materia de fuentes e incorporamos los elementos del Derecho internacional necesarios para la comprensión integral de las fuentes del DIMA.

## **II. FUENTES FORMALES DEL DIMA**

### **A. Aproximación conceptual a la idea general de “fuente formal”**

La Doctrina largamente ha distinguido entre fuentes formales y materiales, sin embargo, la percepción de esa diferenciación no es uniforme en la Doctrina. La mayoría de los doctrinarios hispanohablantes distingue entre fuentes materiales y formales, entendiendo que las primeras son las razones o causas (económicas, políticas, sociales, culturales, etc.) por las que una norma jurídica surge; en tanto las formales, son las normas y principios en sentido propio (manifestaciones de orden jurídico que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones). Otros especialistas, algunos de países del *common law*, por ejemplo, Hugh Thirlway, en “The Sources of International Law”, distingue entre fuentes materiales y formales sobre otra base de consideración, ya que entiende por fuente material al “lugar -generalmente, algún tipo de documento- en el cual los términos de la norma se precisan” (THIRLWAY, H., 2006, 110).

Por otra parte, y en otro orden de relación, se hace referencia a las “fuentes formales” tanto para señalar normas en estado de aplicación como para hacer referencia al proceso o procedimiento de formación de las normas. Tal como los expresáramos en un trabajo anterior (DRNAS DE CLÉMENT, Z. 2008, 74 y ss.), frecuentemente, en la Doctrina se ha confundido el proceso/procedimiento de formación de la norma con el resultado del proceso: la norma en sí. Entendemos que el art. 38 del ECIJ -tal como está formulado- hace referencia a las fuentes formales del Derecho internacional en estado de aplicabilidad y no al procedimiento de formación de las mismas.

No debe llamar la atención que se tome al art. 38 del ECIJ para el estudio de las fuentes normativas internacionales ambientales. Ello, no sólo por señalar el referido artículo que al aplicar las fuentes indicadas, la Corte aplica el derecho internacional<sup>2</sup>, sino porque la CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas (NU), organización que posee 192 Estados Miembros, es decir, casi toda la comunidad de Estados del planeta. Además, la CIJ tiene vocación de órgano universal en tanto a ella pueden acceder todos los Estados aun cuando no sean miembros de NU<sup>3</sup>.

La enunciación de fuentes del art. 38 del ECIJ (al igual que lo hiciera el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional/CPJI) no indica orden de prelación o jerarquía. El proyecto inicial de Estatuto de la CPJI contenía en la primera frase del pre-proyecto la expresión “en el siguiente orden de prelación”. Ese enunciado fue eliminado del proyecto. Además, deliberadamente, se evitó usar números ordinales para formalizar la enunciación de las fuentes, de modo de evitar cualquier indicio de prioridad. Como no es posible citar dos fuentes al mismo tiempo, la enunciación secuencializada es una mera necesidad expositiva. Sin embargo, es de observar que, al enunciar las fuentes principales, el Estatuto ha ido de la fuente más concreta (convenciones) a la más abstracta (principios generales del derecho). Frecuentemente, se ha señalado para el Derecho Internacional en general que la norma más “concreta” (los tratados) es la que mayor fuerza posee por la explicitéz y precisión de las obligaciones y derechos que enuncia. Sin embargo, en el DIMA esta afirmación queda debilitada, en tanto los acuerdos multilaterales ambientales, frecuentemente, contienen enunciaciones de “soft law” y prevén mecanismos de supervisión y prevención más que sistemas duros de solución de controversias en caso de violación de los tratados, como generalmente, lo hacen otros tratados de Derecho internacional.

En su momento, nos preguntamos el por qué hasta ahora la doctrina no ha reforzado la teorización sobre las fuentes desde la óptica propia del Derecho internacional *público*<sup>4</sup>. El hecho de que el inc.1. a) del art. 38 del ECIJ haga referencia a “convenciones generales o particulares” sin aditamentos, da lugar a que se pueda considerar que los dos tipos de convenciones tienen idéntico rol como fuente de Derecho internacional en general. No debemos olvidar que las normas internacionales de carácter general son las que regulan la base de los distintos supuestos y relaciones de los sujetos de la comunidad internacional. Corolario de lo que acabamos de señalar es que ninguna de las normas particulares sería válida si contraviniera normas generales fundamentales que hacen al interés de la comunidad internacional en general.

## **B. Enunciación, características y fundamento de las fuentes formales del DIMA**

### ***1. Tratados internacionales***

---

<sup>2</sup> Frase adicionada en el proyecto aprobado en 1946.

<sup>3</sup> Arts. 92 y 93 de la Carta de las NU.

<sup>4</sup> Debemos tener en cuenta que el derecho ambiental es en esencia derecho público.

De conformidad al art. 38 del ECIJ, el Tribunal debe constatar que el tratado (fuente de derecho) está en vigor, es oponible a la parte reclamada, atendiendo tanto al cumplimiento de requisitos tales como ratificación, notificación, depósito, registro, como a la existencia de reservas o declaraciones en vigor, a si hay o no objeción a ellas, a la condición de Estado sucesor o no del Estado contratante y a otras circunstancias pertinentes.

Las convenciones internacionales son compromisos celebrados entre dos o más sujetos internacionales de conformidad al Derecho internacional. La *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969<sup>5</sup> [art. 2.1.a)] y la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales* de 1986 [art. 2.1.a)]<sup>6</sup> incluyen la *definición* de tratado, la que es expresada de la siguiente manera: “un acuerdo celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”<sup>7</sup>. De conformidad al art.3, el hecho de que la Convención sólo se aplique a los tratados celebrados por escrito no afecta el valor jurídico de los acuerdos no celebrados por escrito. Asimismo, el art. 5 establece que la Convención se aplica a todo tratado que sea instrumento constitutivo de una Organización Internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una Organización Internacional.

No se consideran tratados, en principio, los denominados pactos entre caballeros (*gentelment's agreements*), las declaraciones de propósitos, las actas finales de conferencias internacionales, los acuerdos políticos<sup>8</sup>, los comunicados conjuntos o instrumentos equivalentes, los que sólo constituyen compromisos de intención, sin constituir obligaciones jurídicas. Decimos, “en principio”, ya que las Partes pueden otorgar valor vinculante a cualquier acto, si así lo desean<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Suscripta en Viena el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Cuenta con 108 Estados Partes de conformidad a la consulta efectuada el 24 de enero de 2009 (<http://treaties.un.org>).

<sup>6</sup> Adoptada en Viena el 21 de marzo de 1986, no ha entrado en vigor. De conformidad a su Art.85 ha de entrar en vigor 30 días después del depósito del 35º instrumento de ratificación o adhesión de Estados signatarios o Namibia. Si bien tiene 40 partes al 24 de enero de 2009, sólo se computan a los fines del referido Art. 85 las ratificaciones de Estados, contando a la fecha señalada con 29 Estados contratantes. Ambas Convenciones mantienen la misma estructura formal: texto preambular, ocho Partes y un Anexo. Entre ambas hay casi nulas diferencias: salvo la referencia sólo a “Estados” o a “Estados o/y Organizaciones Internacionales” y a la solución de controversias, por lo que en lo sucesivo, sólo haremos referencia al articulado de la Convención de 1969.

<sup>7</sup> Tratados, convenios, acuerdos, pactos, concordatos, cartas, protocolos, memoranda u otra denominación.

<sup>8</sup> Los que expresa o tácitamente suelen incluir referencia a la condición no vinculante del acto.

<sup>9</sup> Así, la CIJ, en el Asunto relativo a la *Delimitación de la Plataforma Continental en el Mar Egeo*, señaló que “[n]o existe regla de derecho internacional que prohíba que un comunicado conjunto constituya un tratado internacional [...]” (CIJ, *Recueil 1978*, pp. 39-44). Asimismo, en el Asunto relativo a la *Delimitación Marítima y Territorial de la Frontera entre Qatar y Bahrein*, la CIJ entendió que las Minutas de la reunión de 25 de diciembre de 1990 de los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos países en presencia del MRE de Arabia Saudita constituían un acuerdo internacional, en tanto esas Minutas no eran un simple relatorio del encuentro sino que enunciaban compromisos asumidos por las partes (CIJ, *Recueil 1994*, par. 107).

Las obras doctrinarias de Derecho internacional público y de DIMA suelen efectuar la *clasificación* de los tratados en:

-*Tratados generales y particulares*. Los primeros, designados tratados-leyes, tratados-normativos, son acuerdos multilaterales de vocación universal y generan normas que buscan regir la comunidad internacional. Los segundos, designados tratados-negocios, tratados-contratos regulan intereses de dos o varios Estados sobre asuntos de su interés mutuo particular (vg. el Acuerdo argentino-brasileño de Cooperación en Materia Ambiental de 1996 que regula las modalidades de la colaboración mutua).

-*Tratados bilaterales, plurilaterales o multilaterales*. Son, respectivamente, acuerdos entre dos Estados (bilaterales), entre varios Estados (plurilaterales, regionales), entre un alto número Estados y abiertos a la universalización de las Partes o Miembros (multilaterales).

-*Tratados solemnes o simplificados*. Los primeros necesitan del perfeccionamiento de acuerdo celebrado mediante ratificación del poder legislativo u otro tipo de procedimiento interno. Los segundos comprometen al Estado con un simple acto de aceptación, aprobación, adhesión, notificación u otra modalidad directa, sin necesidad de actos complementarios. (Este último caso es el previsto, por ejemplo, en algunos Protocolos o Anexos de tratados en materia ambiental, los que suelen contemplar la adecuación periódica conforme nuevos parámetros técnico-científicos).

-*Tratados abiertos, cerrados y semicerrados*. En los tratados abiertos es posible llegar a ser parte sin condicionamientos a pesar de no haber formado parte del proceso de creación (vg. Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático). En los semicerrados se prevén condiciones para la adhesión de nuevas partes (vg. Tratado Antártico en tanto admite la incorporación libre de nuevas Partes No Consultivas pero impone requisitos a quienes desean ingresar como Partes Consultivas del mismo). En los cerrados, no se admiten nuevas partes, manteniéndose en el tiempo sólo con las originarias (vg.: Tratado de la Cuenca del Plata). En general, los tratados ambientales multilaterales son abiertos en tanto se busca la mayor participación a nivel global.

-*Tratados-ley y tratados-contrato*. Los tratados-ley establecen reglamentaciones para el logro de objetivos comunes a la Partes. Los tratados-contrato acuerdan obligaciones de naturaleza sinalgámica a cargo de las Partes, poseyendo cada una sus propios intereses. En el DIMA predominan los tratados-ley atento a la naturaleza global del ambiente.

-*Tratados calificados por la materia de tratamiento*. Se hace referencia a tratados sobre derechos humanos, derecho humanitario, económicos, políticos, ambientales, etc. Los tratados vinculados al medio ambiente suelen distinguirse también por su materia según traten de la protección y preservación del mar, de la atmósfera, de los recursos hídricos, de los residuos, etc.

Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, en principio, son aplicables a las convenciones en materia de medio ambiente, abarcando con ello todas las cuestiones contempladas en esos convenios, *i.a.* las relativas a celebración y entrada en vigor de los tratados, observancia, aplicación, interpretación, enmienda, modificación, nulidad, terminación y suspensión de los mismos.. Sin embargo, los acuerdos medioambientales poseen ciertas particularidades que hacen del DIMA un subsistema jurídico autónomo, tal como podremos observar más adelante a través de distintas cuestiones tópicas.

Los acuerdos multilaterales ambientales han tenido un importante incremento con el paso del tiempo, así entre 1800 y 1899 Rajendra Ramlogan ha estimado que se alcanzaron sólo 14 tratados de ese tipo, mientras que entre 1900 y 1999, se celebraron 473 convenios

(RAMLOGAN, R., 2001-2002)<sup>10</sup>. Se estima que a la fecha los convenios internacionales en materia ambiental superan los 1.000 acuerdos vigentes, representando el área del Derecho internacional que mayor expansión ha manifestado<sup>11</sup>.

Es de observar que, hasta la fecha, no se ha alcanzado un acuerdo general multilateral de tipo codificador en materia de protección ambiental, construyéndose los consensos multilaterales en ámbito universal pero, predominantemente, con dimensión sectorial<sup>12</sup>. La idea de un acuerdo general ambiental se inició en 1986 con el “Informe sobre los Principios jurídicos necesarios para lograr el desarrollo sustentable” presentado por la Comisión Mundial sobre Medioambiente y Desarrollo. A pesar de la amplia percepción de la Agenda 21, emergente de la conferencia de Naciones Unidas (UNCED) en 1992, continúa el tratamiento sectorial convencional, si bien tratando de aunar esfuerzos en ámbitos asociados (vg. protección de la capa de ozono, cambio climático, diversidad biológica)<sup>13</sup>. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN), conjuntamente con el Consejo Internacional de Derecho Ambiental (ICEL), presentó en el Congreso de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (1995) el *Proyecto de Convenio sobre Medioambiente y Desarrollo*, de carácter global y amplio.

Se ha señalado que puede resultar complicado pensar en la codificación del derecho internacional ambiental y, con ello, la posibilidad de incluir los problemas locales y regionales en un acuerdo general de tipo codificador. Se ha argüido que el cambio climático o el adelgazamiento de la capa de ozono aparecen por su propia naturaleza como cuestiones globales que necesitan una regulación general, pero que, por ejemplo, cuando se trata de lluvias ácidas, el problema luce más bien regional. Cuando la cuestión a regular es la de la calidad de las aguas dulces para consumo humano las características de la materia regulada son de naturaleza local. Además, se ha considerado que el hecho de la movilidad de las normas ambientales de conformidad con los avances de la ciencia, tornaría desactualizado rápidamente un Código ambiental. Los avances científicos, que exigen el ajuste permanente de los tratados, han agregado otra característica a los acuerdos multilaterales en materia ambiental: la incorporación de mecanismos de actualización - adecuación - modificación periódica, a través de las Conferencias de los Estados Partes. Por ejemplo, el Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono de 1987 contiene una serie de provisiones de adecuación a los avances de la ciencia. Entre otros, el artículo 11 dispone la reunión a intervalos regulares de las Partes de la Convención para la Protección de la Capa de Ozono para responder a los cambios científicos. El art. 2, en sus incs. 9 y 10, proporciona los procedimientos de ajuste por los cuales las Partes pueden acordar reducir el uso de ciertos productos químicos sin tener que recurrir a los procedimientos formales de la enmienda. Además, el artículo 2 (9) (c) deja de lado la regla de consenso cuando el mismo no ha sido posible alcanzar, disponiendo la adopción de la enmienda por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes que representen al menos el 50% del consumo total por las Partes de las sustancias controladas.

---

<sup>10</sup> La referida autora ha señalado como ciclo de mayor acción el período 1970-1989 en el que se celebraron 220 tratados multilaterales en materia ambiental. (RAMLOGAN, R. 2001-2002).

<sup>11</sup> ([www.ll.georgetown.edu/envirmnt.html](http://www.ll.georgetown.edu/envirmnt.html))

<sup>12</sup> Al año 2000 se estima que el mayor número de acuerdos sectoriales multilaterales se encuentra en las áreas del derecho marítimo (179), de las aguas dulces (62) y la diversidad biológica (47). (RAMLOGAN, *Ibidem*).

<sup>13</sup> Vid. *infra*.

Al igual que el Protocolo de Montreal, varios acuerdos multilaterales en materia ambiental se basan en el consenso. Sin embargo, en algunos tratados, especialmente los que establecen órganos rectores con capacidad de adoptar decisiones vinculantes, aun cuando se ha señalado la conveniencia de alcanzar el consenso, en caso de no ser ello posible, se ha contemplado la adopción de decisiones por mayoría simple o calificada. Tal el caso de la Comisión Internacional de la Pesca de Ballenas de conformidad al art. III de la Convención de 1946.

Otra dificultad que se señala para la codificación del derecho del medio ambiente es la no utilidad de un acuerdo general cuando los mecanismos de aplicación y control se enfrentan a disímiles Estados de desarrollo. Las diferencias entre Estados desarrollados y los en desarrollo pueden hacer que un mismo tratado deba dar lugar a distintos tipos de exigencia en el cumplimiento de sus normas, a distintos plazos para el logro de los objetivos, a distintas vías de financiación, etc. Además los Estados en desarrollo presentan cuestiones condicionantes de la protección ambiental en distintos sectores en base a alegaciones de pobreza, crecimiento poblacional, peso de sus deudas externas, dificultades para desarrollarse, riquezas naturales aún no explotadas que hacen a su desarrollo y que los Estados desarrollados pretenden regular internacionalmente como recursos naturales de la humanidad, tras haber explotado y agotado los propios en interés particular. Para comprometer la demora de su industrialización y limitación de emisiones, pretenden compensaciones o incentivos. Si bien el preámbulo de la Convención sobre Diversidad Biológica reconoce que “el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo”, que “es necesario adoptar disposiciones especiales para atender a las necesidades de los países en desarrollo, incluidos el suministro de recursos financieros nuevos y adicionales y el debido acceso a las tecnologías pertinentes”, en los hechos, desde la entrada en vigor de la Convención poco cambio efectivo se ha observado y aspectos sensibles para Estados en desarrollo, como son patentes-propiedad de recursos y conocimientos de pueblos originarios aún siguen sin precisión satisfactoria. La puja entre Estados desarrollados y en desarrollo se ha sentido crudamente en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la necesidad de alcanzar el Acuerdo sobre la Parte XI para no tirar por la borda 14 años de negociaciones. En ese sistema, la puja entre Estados desarrollados y en desarrollo en lo que hace al aprovechamiento de los fondos marinos y oceánicos, con la adopción del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI, se inclinó a favor de los primeros.

Por nuestra parte creemos que las distintas objeciones para intentar alcanzar un acuerdo general de protección del medio ambiente no son verdaderos impedimentos, sino más bien nuevos desafíos metodológicos de una disciplina que se perfila autónoma y requiere de percepción unitaria.

Los tratados en materia ambiental, frecuentemente, son negociados a modo de “*package deal*” y adoptados sin votación por “*consensus*” (vg. contaminación atmosférica, protección del medioambiente marino, cambio climático, diversidad biológica, etc.), lo que muchas veces se ha ponderado por lograr entendimientos base en áreas de difícil concertación, pero otras, se ha criticado, atento a que suelen implicar compromisos de *soft law* (*derecho blando, derecho en agraz, droit douce, droit vert, lege ferenda*), que no constituyen fuente normativa ejecutable *per se*,

poseyendo potencia jurídica similar a las declaraciones o a las resoluciones recomendatorias de organizaciones internacionales, con más fuerza estimulativa que legal<sup>14</sup>. Sin embargo, ello no impide que estos actos enuncien o devengan *hard law* (*droit dur, droit mur, derecho en sentido estricto, derecho compulsorio, lege lata*)<sup>15</sup>. Quienes ven positivamente a la dinámica jurídico-ambiental del *soft law* destacan que esas manifestaciones normativas débiles<sup>16</sup> facilitan el acuerdo inicial en ciertas materias de difícil aceptación, flexibilizan la apertura de los Estados a aceptar cambios, dinamizan la comprensión científica, promueven la cooperación y facilitan el desarrollo posterior del *hard law* en determinada materia ambiental internacional, norma dura que de haberse intentado alcanzar desde un inicio no se hubiese logrado.

La doctrina asigna significado especial a la repetición del *soft law* en distintos instrumentos internacionales, entendiendo que la reiteración puede dar lugar a que, independientemente de la fuente formal en la que se expresa, pasen a tener valor de norma consuetudinaria. Tal sería el caso, por ejemplo de la obligación de información y consulta antes de iniciar una actividad o iniciativa que pueda causar daño transfronterizo, que se encuentra en recomendaciones, resoluciones, actos unilaterales, tratados, dictámenes arbitrales y judiciales, entre otros (DUPUY, P. M., 1990-1991).

En otro orden de relación, generalmente, los acuerdos-marco en materia ambiental prevén mecanismos de implementación, perfeccionamiento y actualización/adaptación -en cuestiones sustantivas relevantes- a través de Conferencias de las Partes, las que tienen una modalidad de funcionamiento que es casi una matriz fija adaptada a los distintos convenios. Tal el caso de las Convenciones sobre Cambio Climático, Diversidad Biológica, Adelgazamiento de la Capa de Ozono, etc. Ese tipo de acuerdos marco facilita la entrada en vigor de la adaptaciones mediante protocolos o enmiendas de anexos, en tanto, ese tipo de instrumentos no necesitan de las formalidades requeridas para los tratados marco. Un ejemplo avanzado de este procedimiento lo constituye la Convención sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Largo Plazo, que cuenta con 8 protocolos. Sin embargo, la proliferación de tratados multilaterales de *soft law* o de acuerdos-marco puede producir una congestión de compromisos difíciles de hacer cumplir a nivel global atento a la distinta capacidad económica de sus partes. Numerosos tratados prevén, tal como lo señaláramos, la

---

<sup>14</sup> Vid. *infra* el subtítulo “Resoluciones de Organizaciones Internacionales”.

<sup>15</sup> Debe recordarse que, con relación a la Res. 2625 (XX) (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de la Naciones Unidas) de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986, en el as. de las *Acciones Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua/Estados Unidos de América)*, ha manifestado que la misma debe ser entendida no como una mera reiteración de los contenidos de la Carta sino como la aceptación de una serie de normas consuetudinarias declaradas en la propia resolución (CIJ, *Recueil 1986*, p. 99-101). Similar pronunciamiento se ha dado en el ámbito jurisdiccional con relación a ciertos principios de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992).

<sup>16</sup> Frecuentemente, los términos empleados reflejan compromisos febles. Por ejemplo, la Convención de NU sobre Cambio Climático, al igual que muchos otros tratados usa verbos en potencial [Art. 3.1: “Las Partes deberían proteger el sistema climático (...)]; el Convenio sobre Diversidad Biológica debilita enunciados condicionando el compromiso [Art. 5 Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará (...)].

realización de periódicas conferencias de las partes, la creación de comisiones, comités, secretarías, sistemas de financiación, sistemas de solución de controversias, entre otros mecanismos de implementación, ejecución y control de acuerdos, en las que los países en desarrollo pueden tener dificultad para participar plenamente en tantos costosos encuentros, organismos y órganos. Indudablemente, convendría no sólo el accionar coordinado<sup>17</sup> de sistemas conexos sino la unificación funcional de los convenios multilaterales con áreas comunes (vg.: cambio climático, capa de ozono, diversidad biológica) para descongestionar así el casi medio centenar de mecanismos independientes existentes a la fecha. Es de observar que, en algunos casos, ciertos sitios de interés se hallan protegidos por dos o más Convenciones. Tal el caso del Parque Nacional Ichkeul en Tunisia que se halla protegido por la Convención Ramsar, la Convención sobre Patrimonio Mundial y Reserva de la Biosfera. El acuerdo intersecretarías ha facilitado relaciones sinérgicas asociadas. Su base ha sido la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) la que cuenta con siete programas temáticos de trabajo que sirven de enlace con otras convenciones: biodiversidad marina y costera, biodiversidad de montaña, biodiversidad agrícola, biodiversidad forestal, biodiversidad de aguas interiores, biodiversidad de tierras secas y sub-húmedas, biodiversidad insular. La percepción sinérgica-sincrética sistemática también se observa en los convenios que adoptan un criterio ecosistémico. Tal el caso de la Convención sobre la Regulación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, la Convención sobre Diversidad Biológica, las que contemplan la interacción de las especies con su hábitat y el ecosistema, de manera holística. Además, debe tenerse en cuenta el empalme del DIMA con otras áreas del Derecho Internacional, vg. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho Comercial Internacional, Derecho del Mar, Derecho Polar.

A los fines de dar dinamismo a los convenios con enunciados de *soft law*, numerosos acuerdos multilaterales en materia ambiental se configuran como acuerdos-marco, en tanto fijan los objetivos funcionales más generales, los que sólo pueden alcanzarse por medio de decisiones políticas a adoptar, careciendo de normas con instrucciones precisas operativas o prohibiciones concretas ejecutables. En los acuerdos marco suele incluirse el compromiso de los miembros de incorporar normas y adoptar políticas nacionales para el logro de los objetivos del acuerdo. El Convenio de Ramsar relativo a los Humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas de 1971, sólo cuenta con doce artículos, sin embargo, tuvo importante desarrollo a través de directrices y resoluciones, cubriendo a 12 marzo de 2009, 1.717 sitios Ramsar con un total de 859.516.907 hectáreas. En el caso de de este Convenio, una vez designado un humedal “Sitio Ramsar”, el sitio “debe” ser protegido bajo el derecho nacional por su significado para la comunidad

---

<sup>17</sup> De conformidad al artículo 8 de la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación*, las Partes se comprometen a alentar la coordinación de las actividades que se lleven a cabo con arreglo a esa Convención con otros acuerdos internacionales pertinentes de los que sean partes, en particular, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* y la *Convención sobre la Diversidad Biológica*, con el fin de obtener las mayores ventajas posibles de las actividades que se realicen en virtud de cada acuerdo, evitando al mismo tiempo la duplicación de esfuerzos. Las Partes se comprometen a fomentar la ejecución de programas conjuntos, sobre todo en materia de investigación, capacitación, observación sistemática y reunión e intercambio de información, en la medida en que dichas actividades puedan contribuir a alcanzar los objetivos de los acuerdos sinérgicos. Además, agrega que las disposiciones de la Convención no afectarán a los derechos y obligaciones que incumban a las Partes en virtud de los acuerdos bilaterales, regionales o internacionales que hayan concertado con anterioridad a la entrada en vigor para ellas de la Convención.

internacional. En caso de no hacerlo el Estado (uso sabio=sostenible), se hará pasible de sanciones, inclusive, la baja de la lista como “Sitio Ramsar” (*Montreux Record*). Ese tipo de normas internacionales que imponen obligaciones normativas a los Estados para completar sus objetivos hace que el derecho interno de los Estados importe normas *tertium genus*, de modo tal que no se aplica ellas el principio de derecho internacional “el derecho interno es un mero hecho para el derecho internacional”. En el caso de Convenio de Ramsar, al igual que en otros, como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), entre otros, el Estado al dictar normas nacionales debe responder a los requerimientos de la normativa internacional y, además, la norma internacional, sustancialmente, sólo puede ser realizada a través del instrumento estratégico-instrumental de la norma nacional (estándar nacional internacionalmente exigible). La CITES –de modo similar al Convenio de Ramsar– depende de la implementación nacional, debiendo cada Parte establecer al menos una Autoridad Administrativa y una Autoridad Científica, las que deben cumplir la normativa internacional establecida en el acuerdo. La Secretaría de la Convención es responsable de monitorear las operaciones en su conjunto y velar por el logro de los fines de la CITES. Es de observar que este tratado no admite reservas generales.

En el caso de serias discrepancias impidientes de la entrada en vigor de un tratado, se ha contemplado en las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados -aplicable en materia ambiental- la implementación provisional de los acuerdos. Tal el caso, *ia* del Acuerdo Interpretativo sobre la Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, la Resolución de las Partes en la Convención sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza de Largo Alcance, el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional.

Es frecuente también, el recurso a la aceptación tácita de enmiendas (acuerdos “interpretativos”, anexos, protocolos, etc.), las que se consideran aceptadas por las partes automáticamente, salvo que la interesada manifieste expresamente que no desea quedar vinculada a la enmienda. Tal el caso del Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, el Convenio para Prevenir la contaminación por buques/MARPOL y la Convención para la Protección del Medioambiente en el NE Atlántico/OSPAR, entre otras.

Una de las características del DIMA en materia de tratados es la no reciprocidad de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Si un sujeto internacional ha violado una obligación esencial de un tratado, no se aplican las disposiciones generales de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en tanto no se admite la terminación o suspensión del tratado en caso de violación de una obligación esencial por una de las partes mediante la aplicación del principio *inadimpleti non est adimplendum* (art. 60). La creciente convicción de que la preservación del ambiente concierne a toda la humanidad, desdibuja las relaciones de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados.

En el ámbito de algunos tratados ambientales (en particular, los relativos a residuos) ha ido surgiendo la percepción de que “lo que no está expresamente permitido está prohibido”,

principio inverso al del derecho general. Tal el caso de la Convención OSPAR de 1992, que recoge la Convención de París sobre la Prevención de la contaminación marina por fuentes terrestres de 1974.

## 2. *Costumbre internacional*

La costumbre tiene un rol de esencial importancia para el funcionamiento general del Derecho internacional dadas las imperfecciones que presenta el sistema internacional. Si bien, frecuentemente, se ha minimizado la importancia de la costumbre en el DIMA, no debe olvidarse que sobre la base de la costumbre y los principios generales del derecho se han construido los principios generales del DIMA<sup>18</sup>, uno de los pilares básicos de esta rama normativa, manifestación de las normas (reglas) generales más relevantes aplicables al conjunto de los sujetos de derecho internacional. Ello no impide que puedan formarse costumbres regionales, locales o institucionales como lo señalara la CIJ en varios fallos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la diferencia entre costumbre general y costumbre regional, local o institucional (de las OI) no hace a la naturaleza de la costumbre, ya que la *opinio iuris* es, por su propia condición, generalizante. Esa vocación de la costumbre permite concebir al Derecho internacional (incluido el DIMA) como un conjunto normativo común a todos los sujetos de Derecho internacional. Ello, sin desconocer que en las últimas décadas, mayoritariamente al influjo consciente o inconsciente de una percepción sociológica postmoderna del “fenómeno jurídico” (particularmente, desde el relativismo, el criticismo y el constructivismo), son frecuentes las afirmaciones que sostienen que las diferenciaciones entre normas generales y particulares no resultan claras, relevantes ni actuales, rechazando la visión racionalista de “lo público”.

Se ha solido afirmar que el rol que tiene la costumbre en el Derecho internacional, inclusive el ambiental, no hace más que confirmar el carácter incompleto, primitivo de tal derecho. Construcciones jurídicas más perfectas, como el derecho comunitario europeo, dejan poco espacio a la costumbre, al estar ésta en condiciones de construir un derecho escrito de tipo codificador. La costumbre, no formulada en ningún instrumento escrito, es de surgimiento espontáneo, careciendo de un acto determinado de nacimiento a diferencia del derecho escrito, predominantemente formalista.

Hugh Thirlway (THIRLWAY, H., 2006, 121) hace presente que la naturaleza precisa y la operatividad del proceso de creación de la costumbre, continúan en la oscuridad y recuerda que, atento a la debilitación de la autoridad del derecho natural (norma dada por Dios o impuesta por la naturaleza), ha sido “natural”<sup>19</sup> derivar las obligaciones legales de las

---

<sup>18</sup> Vid. *infra*.

<sup>19</sup> Llama la atención esta referencia a “natural” del autor en el contexto de la frase.

legítimas expectativas creadas en otros por el propio comportamiento. A nuestro entender esta percepción acerca la costumbre al estoppel y a los actos unilaterales<sup>20</sup>.

Aún se discute el *fundamento* de la costumbre. Los voluntaristas hacen surgir a la costumbre de la voluntad del Estado al que obliga (*i.a.* E. de Vattel, D. Anzilotti, A. Cavaglieri, Ch. Chaumont, K. Strupp, G. Tunkin). Los inmanentistas, por su parte, hacen devenir la fuerza obligatoria de la costumbre de hechos exteriores y superiores a la voluntad de los sujetos comprometidos (*i.a.* H. Kelsen, R. Ago, J. Basdevant, L. Condorelli, N. Quoc Dinh, G. Scelle) (SUR, s., 1988, 6). Algunos autores, para desechar la teoría voluntarista, han puesto el acento en la propia formulación del art. 38, la que exige que los convenios sean expresamente “reconocidos” por el Estado involucrado, en tanto, para la costumbre, requiere la “comprobación” de la práctica con *opinio iuris*. Además, recuerdan que en el caso de los nuevos Estados, los mismos están vinculados a la costumbre anterior sin posibilidades de pronunciamiento de su consenso o no. Es de observar que, con anterioridad al siglo XIX, la doctrina había hecho referencia a la costumbre como “consentimiento” (consentimiento de todos y conformidad con la razón divina en Suárez; consentimiento y conformidad a la naturaleza en Bynkershoek; consentimiento de la mayoría y conformidad con la razón en Zouche; consentimiento de la mayoría en Grocio; consentimiento de todos en Martens). Desde el XIX a la fecha, casi no se hace más referencia al consentimiento, sino a la *opinio iuris*, si bien, en diferentes vertientes (STERN, B. 1981, 485).

La formación de la costumbre se apoya en dos pilares: a) elemento objetivo (práctica) y b) elemento subjetivo (*opinio iuris sive necessitatis*) El *elemento objetivo* de la repetición formativa de la costumbre requiere que ésta sea uniforme, continua, no interrumpida, emanada de actos de autoridad representativa del sujeto que la construye. Constituyen pruebas subsidiarias o elementos confirmativos de la existencia de los actos y la convicción de obligatoriedad con que los mismos fueron realizados, las obras doctrinarias, los documentos de organismos u órganos internacionales, particularmente, ciertos proyectos (vg. Comisión de Derecho Internacional/CDI). Se ha discutido el valor de las resoluciones de Organizaciones Internacionales en la construcción de la costumbre<sup>21</sup>.

Para la formación de la costumbre no se exige que la reiteración de la práctica sea puntualmente idéntica, ya que no resulta pensable la repetición de una situación fáctica exactamente idéntica a la anterior (acción u omisión). Basta que en situaciones similares se adopten posiciones coherentes y compatibles con las precedentes. Los actos

---

<sup>20</sup> Vid. *infra*.

<sup>21</sup> Vid. *infra*.

unilaterales, al igual que los acuerdos internacionales, frecuentemente, poseen un rol destacado en la formación de la costumbre, si bien, ésta los excede.

Quien invoca la existencia de una costumbre, no necesita probar el derecho sino únicamente los hechos. Es el tribunal quien pondera la existencia de la *opinio iuris* conformativa de la costumbre. La práctica continua actúa de presunción de la *opinio iuris*, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la *opinio iuris* es un pseudo elemento y que lo objetivo y lo subjetivo de los actos se hallan inextricablemente unidos. La CIJ en el *Asunto del Golfo del Maine* ha señalado que la *opinio iuris* “se prueba por la vía de la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente asentada y convincente, y no por vía de la deducción, partiendo de ideas preconstituidas *a priori*”<sup>22</sup>. (HAGGENMACHER, P., 1986, 5-125). De la motivación de la práctica, de la actitud de los sujetos al realizar los actos, se deriva la *opinio iuris*. La *opinio iuris* es la *ratio legis* de la práctica, conciencia del deber de obrar o abstenerse. El obrar necesario conforme a derecho se distingue de los comportamientos por oportunidad política, conveniencia o cortesía, los que, aun cuando se den a modo de práctica ininterrumpida, no han de constituir costumbre por faltarles el elemento subjetivo: obrar con el sentimiento de obligación jurídica (comportamiento necesario conforme a derecho).

También, se admite la formación de la costumbre instantánea (“*coutume sauvage*”) que no necesita de la práctica reiterada, ya que le basta la convicción de obligatoriedad manifestada masivamente en un solo acto (declaración, resolución, convención), del que -por deducción- se desprende la existencia de una *opinio iuris* colectiva.

El alto número de Estados Partes en una convención puede llevar a la costumización de sus preceptos de modo que se torne obligatoria para los Estados no Partes<sup>23</sup>. El art. 38 de las *Convenciones de Viena* sobre

---

<sup>22</sup> La CIJ, en la sentencia de 20 de febrero de 1969, en el as. *Plataforma Continental del Mar del Norte*, ha expresado: “Los actos (...) no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben poner en evidencia, por su naturaleza o por la forma en que se han realizado, la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho (...). Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos bastan (...)” (CIJ, *Recueil 1969*, p. 44).

<sup>23</sup> A marzo de 2009, la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* cuenta con 192 Partes (P); su *Protocolo de Kyoto* con 184 ratificaciones; el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* posee 194 P; su *Protocolo de Montreal* 194 P; la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* 193 P, el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* 191 P; el *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación* 172 P, etc. Se podrá objetar que por alto que sea el número de Estados Partes en los acuerdos ambientales multilaterales, ese número no conforma una generalidad, la “comunidad internacional en su conjunto”. Sin embargo, esta última expresión no se refiere a “todos” los miembros de la comunidad internacional sino a los “componentes esenciales” de la

Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 establece que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional general reconocida como tal. El art. 43 de las mismas convenciones dispone que “la nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de la (...) Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán, en nada, el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”. La CIJ en el as. *Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia /Malta)* ha expresado: “Es axiomático, por supuesto, que el contenido material del derecho internacional consuetudinario debe ser visto primariamente a la luz de la práctica real y de la *opinio iuris* de los Estados, incluso las convenciones multilaterales pueden tener un importante rol para grabar y definir reglas derivadas de la costumbre, o en su desarrollo”<sup>24</sup>.

En lo que hace a la condición jerárquica de la costumbre con relación a otras fuentes, se ha señalado que la costumbre es superior a los *tratados* e independiente de ellos, ya que las mismas convenciones suelen reconocer que tienen la costumbre en su base y que para las cuestiones no regladas en los convenios, ella subsiste. Tal el caso de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, las que establecen en su parte preambular que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no regladas en las disposiciones de la Convención”<sup>25</sup>. Recordamos lo señalado *supra* con relación a que nada impide que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional y a que la nulidad, terminación, suspensión o denuncia de un tratado no menoscaban el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que está sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

---

misma, los que son representativos de todos los sectores de la comunidad internacional, más allá del valor de la oponibilidad según los casos y siempre que no se trate de una norma de *ius cogens*, la que es imperativa para todos los sujetos de la comunidad internacional más allá de si la han objetado o no. No resulta admisible la sustracción unilateral a una norma consuetudinaria general establecida sea o no de *ius cogens*. La CIJ, en sentencia de 20 de febrero de 1969, en el as. *Plataforma Continental del Mar del Norte* ha señalado que “las obligaciones de derecho internacional o consuetudinario (...) no pueden (...) estar subordinadas a un derecho de exclusión ejercido unilateralmente y a voluntad por uno cualquiera de los miembros de la comunidad para su propio beneficio (...)” (CIJ, *Recueil* 1969, pp. 39-40).

<sup>24</sup>CIJ, *Recueil* 1985, pp. 29-30, par. 27.

<sup>25</sup>Similar disposición contienen, entre otros acuerdos internacionales, entre ellos, la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar de 1982.

Es destacable el rol asignado a la norma consuetudinaria de *ius cogens*, norma imperativa de derecho internacional general, la que se halla en la cúspide del sistema normativo nacional e internacional en base a su contenido. Las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986, en sus Arts. 53 y 64, disponen la nulidad y terminación de todos los tratados que estén en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. Así, la costumbre conserva el poder de extinguir un tratado. A su vez, el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) establece en su Art. 26 que: “ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”. En los Proyectos de la CDI, aprobados en 1980 y en 1996, a estas violaciones se las consideraba “crímenes”. Entre las ejemplificaciones de crímenes, figuraba la contaminación masiva de la atmósfera o los mares. (DRNAS DE CLÉMENT, Z., 2003 b).

La práctica de los Estados ha llevado al reconocimiento de normas consuetudinarias en el plano ambiental, entre ellas, el deber de no causar perjuicio a los legítimos intereses de otros Estados, lo que implica la prohibición de la realización de prácticas de gestión que pudieren causar perjuicio sensible<sup>26</sup> transfronterizo (*sic utere tuo ut alienum non laedas*- citado de aquí en más como *sic utere tuo*); la obligación de cooperar, entendida como expresión genérica abarcativa de distintos comportamientos, en particular, los de informar y, en su caso, negociar de buena fe a los fines de llegar a un acuerdo en caso de aprovechamiento de recursos naturales compartidos. Las más importantes normas consuetudinarias en materia ambiental internacional se ven reflejadas en los denominados “principios generales del derecho internacional ambiental”, los que desarrollaremos por separado atento el rol y las particularidades de los mismos<sup>27</sup>.

### 3. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son máximas enunciativas de valores fundamentales a preservar en las relaciones humanas individuales o colectivas<sup>28</sup>.

Con relación al origen de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional del derecho del medio ambiente, éstos surgen a partir de una comparación y sistematización de distintos derechos internos y del transporte del espíritu común de esos derechos al DIMA. Ese espíritu común manifestado en preceptos, ideas jurídicas básicas o “saberes” jurídicos, no se deriva, necesariamente, del conjunto de todos los sistemas

---

<sup>26</sup> Equivale a “significativo”, “detectable”, “tangible”, “apreciable”, “sustantivo”, “serio”, “grave”, para distinguirlo de las meras molestias o cambios que toda actividad indefectiblemente conlleva.

<sup>27</sup> Vid. *infra*.

<sup>28</sup> Los grupos humanos han reconocido *principios axiomáticos* (juicios del ser -que no cambian-, propios de las ciencias exactas, físicas o naturales (por ej: “el triángulo es una figura de tres ángulos”) o *principios tópicos* (juicios de la razón práctica, problemática deontológica o axiológica, propios de las ciencias sociales o humanas, consideradas en general, necesariamente inexactas). Sin embargo, el enlace entre álgebra, algoritmo y lógica, permite afirmar que ciertos principios de las ciencias sociales pueden alcanzar rigor de exactitud en las conclusiones. Por ej.: el principio *a fortiori* “quien puede lo más puede lo menos”, “quien no puede lo menos no puede lo más”.

internos, sino más bien de aquellos que pueden hacer aportes pertinentes o significativos. Ello, atento la expresión del art. 38 del Estatuto de la CPJI y de la CIJ relativa a los “principios reconocidos por las naciones civilizadas”. Dado el contexto histórico de colonialismo en el que fue pronunciado, debe entenderse que hace referencia a los que corresponden a los sistemas jurídicos organizados, desarrollados y no a los primitivos, salvajes o próximos al estado de naturaleza.

Los principios generales del derecho han cumplido distintos roles. Así, se han empleado en la aplicación e interpretación de las normas internacionales (concepción *secundum legem* o *infra legem*<sup>29</sup>). También se les ha reconocido un rol integrador, no sólo interpretativo de normas, permitiéndoles cubrir lagunas normativas pero no del derecho como integridad (vg. equidad *praeter legem*<sup>30</sup> o *secundum jus*), evitando el *non liquet* judicial<sup>31-32</sup>. La CIJ en distintas sentencias ha asignado a los principios generales rol de fuente normativa directa de derechos y deberes –tal como lo enuncia el art. 38 del ECIJ-, haciendo referencia a la “regla de equidad”<sup>33</sup>. La aplicación de los principios generales *contra legem* o *contra jus* no es admitida a menos que las partes hubiesen facultado al tribunal a pronunciarse *ex aequo et bono* en sentido amplio (jurisdicción de equidad)<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el as. *Diferendo Fronterizo (Burkina Faso y Mali)* ha señalado que “(...) tomará en consideración la equidad tal como ella se configura *infra legem*, es decir, la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho, siendo ésta una de sus cualidades”. (CIJ, *Recueil 1986*, p.567-568, par. 28).

<sup>30</sup> La Cámara (Sala) de la CIJ en su sentencia en el *Asunto del Diferendo Fronterizo (Burkina Faso y Mali)* ha admitido tácitamente la posibilidad de aplicación de la equidad *praeter legem* al expresar: “(...) [l]a sala no puede estatuir *ex aequo et bono*. No habiendo recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus intereses respectivos, debe igualmente descartar la posibilidad de aplicar en el presente caso la equidad *contra legem*. La sala tampoco aplicará la equidad *praeter legem*”. (CIJ, *Recueil 1986*, p 567-568, par. 28). Es de observar la forma de expresarse de la Corte, la que al señalar que no aplicará la equidad *praeter legem*, sólo dice que no lo hará pero no que está inhabilitada para hacerlo, tal como sí lo ha señalado en relación a los pronunciamientos *ex aequo et bono* y *contra legem*. Este pronunciamiento más allá de la “ley” pero dentro del “derecho”, es propio de la labor de integración que efectúan los órganos jurisdiccionales.

<sup>31</sup> En el caso de las sentencias o dictámenes de la CIJ no podría considerarse nunca que un pronunciamiento realizado sólo en base a principios generales del derecho es *praeter legem* ya que esa fuente normativa es de carácter principal de conformidad al art. 38 del ECIJ.

<sup>32</sup> Recuerda Weil la crítica de Jennings a la percepción de la equidad como fuente normativa directa al preguntarse qué diferencia habría entre ella y la decisión *ex aequo et bono*. Por nuestra parte, entendemos que ni siquiera la equidad *contra legem* podría ser considerada como manifestación de *ex aequo et bono* (“jurisdicción de equidad”), ya que el pronunciamiento en aplicación de los principios generales del derecho no es libre ni de interpretación personal de los jueces, desligada del conjunto normativo aplicable al caso como permite el acuerdo de “jurisdicción de equidad”. Weil, además, argumenta que el derecho internacional se compone de normas cuya inspiración y finalidad se halla en los valores humanos, morales o sociales y que la equidad constituye más bien una fuente material de Derecho internacional que formal. Sin embargo, a nuestro criterio tal afirmación podría ser válida para todas las otras fuentes formales del derecho.

<sup>33</sup> *I.a.*: as. *Plataforma Continental del Mar del Norte* (CIJ, *Recueil 1969*, p. 47, par. 85 y p. 48, par. 88); as. *Túnez/Libia*, (CIJ, *Recueil 1982*, p. 60, par.71) (“la noción jurídica de equidad es un principio general del derecho directamente aplicable en tanto derecho”); as. *Libia /Malta* (CIJ, *Recueil 1985*, p. 39, par. 45) “la justicia, de la que la equidad es una emanación, no es una justicia abstracta, es la justicia de conformidad a la regla de derecho”; Vid. As. *Jan Mayen* (CIJ, *Recueil 1993*, pp. 127-128, 192-193, 226 y ss. y Opiniones individuales de Schwebel, Shahabuddeen, Weeramantry).

<sup>34</sup> Entendemos que los pronunciamientos conforme a la cláusula *ex aequo et bono* no pueden ser considerados fuentes del Derecho internacional, aun cuando “adjudiquen” derechos y obligaciones a los litigantes, en tanto implican un facultamiento al tribunal para se pronuncie conforme lo que ella considera bueno y justo, sin ataduras jurídicas. Hasta la fecha, ningún Estado ha otorgado tal habilitación a la Corte. Hay antecedentes de

Los principios generales del derecho hasta la fecha sólo han sido utilizados por la CIJ *infra legem*. Es de tener presente que los Estados socialistas rechazaron la inclusión de los principios generales del derecho en el proyecto del ECPJI por entender que no podía haber entre socialistas y capitalistas principios comunes. No obstante, en situaciones posteriores, propugnaron su inclusión en formulación equivalente a la del art. 38 del ECIJ y su precedente ECPJI, como es el caso de la *Declaración de Principios Reguladora de los Fondos Marinos y Oceánicos y de su Subsuelo fuera de la Jurisdicción Nacional* (Res. 2749 (XXV) de la AG NU de 17 de diciembre de 1970).

Si bien, los principios generales tienen un carácter abstracto, (a diferencia de las normas consuetudinarias internacionales), debiendo el juez adaptarlos a la hora de definir el derecho aplicable a un caso concreto. El juez realiza su pronunciamiento en el conjunto de todas las normas pertinentes, incluidos los principios generales del derecho. Si bien, en su origen, los principios generales del derecho tienen base consuetudinaria en el derecho interno de los Estados, se diferencian de la costumbre en tanto, incluso en el derecho interno, no tienen perfil concreto como la costumbre internacional (producto directo de los actos de la práctica) sino general, abstracto. Por ello, no deben confundirse los denominados principios generales del derecho internacional del medio ambiente con los principios generales del derecho, ya que, los primeros constituyen normas consuetudinarias de contenido concreto.

Entre los principios generales del derecho aplicables en materia ambiental figuran: *pacta sunt servanda*, buena fe, no abuso de derecho, equidad, obligación de reparar el daño causado, *rebus sic stantibus*<sup>35</sup>, etc. Otros principios del Derecho internacional, por las particularidades del derecho ambiental y sus objetivos no resultan, en general, aplicables, *vg: exceptio non adimplendi contractus, non bis in idem, in dubio pro reo, favor libertatis, etc.*<sup>36</sup>.

#### **4. Otras Fuentes**

##### **a. Actos Jurídicos Unilaterales**

Si bien, el acto unilateral -tal como lo señala la CDI no tiene un sentido unívoco<sup>37</sup>- se lo ha conceptualizado predominantemente como “manifestación de voluntad de un sólo sujeto del Derecho Internacional, cuya validez no depende *prima facie* de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos -creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones- para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias. (DIEZ DE VELASCO, M., 2003, 134). Hemos señalado precedentemente que consideramos que las fuentes no enunciadas en el art. 38 del ECIJ a que hace referencia la doctrina, implícitamente, lo están. En el caso de los actos unilaterales, si éstos incluyen la *opinio*

---

concesión de tal tipo de capacidades a tribunales en los Protocolos Instituyentes de las Comisiones Arbitrales Mixtas Venezolanas de 1902 y 1903, las que estaban facultadas para emitir sus fallos “sobre la base de la equidad absoluta, sin tener en cuenta las objeciones de naturaleza técnica o las reglas de legislación local”.

<sup>35</sup> Algunos doctrinarios, entre los principios generales, incluyen al *estoppel*. Vid. *Infra*.

<sup>36</sup> Precisamente, estos principios están en la base de la no aplicación de ciertas normas de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados a los tratados en materia ambiental. Vid. *supra*.

<sup>37</sup> CDI, *Informe Anual 2006*, p.406.

*iuris* en la formulación (lo que sucede en la mayoría de los casos), construyen costumbre internacional. Al mismo tiempo, ciertos actos unilaterales como una promesa o un ofrecimiento, pueden devenir en acuerdos. Asimismo, los actos unilaterales están vinculados a los principios generales del derecho en tanto, en virtud del principio de buena fe, el declarante queda vinculado por sus actos, lo que relaciona a los actos jurídicos unilaterales con el “estoppel”.

Entre los actos unilaterales se suelen citar el ofrecimiento, la aceptación, la promesa, la protesta, el reconocimiento, el desistimiento, la reserva. Entendemos que la notificación (acto que muchos juristas en la nómina de actos jurídicos unilaterales) no constituye un acto unilateral autónomo sino meramente procedimental, de completamiento de otros actos, en tanto mediante la notificación se pone en conocimiento de terceros un contenido sustantivo dado (el verdadero acto de voluntad), acto que sin la notificación no se hubiese perfeccionado. La notificación no tiene contenido sustantivo propio.

La CDI, en 1996, en su 48º período de sesiones, propuso a la Asamblea General de NU (AG NU) que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados. En 1997 designó Relator Especial a Víctor Rodríguez Cedeño quien produjo nueve informes y adoptó en 2006 un conjunto de diez "Principios rectores", junto con comentarios a los mismos, aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas.

La CIJ en la sentencia de 1974, en el as.. *Ensayos nucleares (Australia c. Francia)* consideró que

*“Es bien conocido que las declaraciones efectuadas como actos unilaterales, concernientes a situaciones jurídicas o fácticas, pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas (...). Cuando hay intención por parte del Estado declarante de comprometerse de conformidad a sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico”<sup>38</sup>.*

*“(...) el compromiso unilateral resultante de las declaraciones [francesas] no puede interpretarse que conlleve la invocación de un poder arbitrario de revisión”<sup>39</sup>.*

Ciertos Estados, hace más de doscientos años, mediante actos jurídicos unilaterales han asumido posición y compromiso con relación a ciertos recursos naturales compartidos. Tal el caso del *Decreto del Consejo Ejecutivo de la República Francesa*, de 16 de noviembre de 1792, ligado al Tratado de Münster de 30 de enero de 1648 y a la reapertura del Escalda, manifestó:

*“(...) (E)l curso de los ríos es propiedad común e inalienable de todas las comarcas regadas por sus aguas (Annuaire de la CDI, 1980, Vol. II, P. I, p. 186).*

Otro acto jurídico unilateral digno de recordarse es la *Nota de 30 de mayo de 1862 del Gobierno de Holanda* a sus diplomáticos en París y Londres, la que expresaba:

<sup>38</sup> *Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, C.I.J., *Recueil 1974*, par. 43.

<sup>39</sup> *Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*, C.I.J., *Recueil 1974*, par. 51.

“Siendo el Río Mosa un río común a Bélgica y Holanda, sobreentendemos que ambos Estados tienen derecho a utilizar naturalmente el curso de agua, pero al mismo tiempo, de acuerdo a los principios generales del derecho, cada uno está obligado a abstenerse de toda medida que pudiera perjudicar al otro” (Annuaire de la CDI, 1986, Vol. II, P. I, p. 118).

### ***b. Estoppel***

Tal como lo señaláramos precedentemente, el *estoppel* se halla vinculado al principio de buena fe, a los actos jurídicos unilaterales, a la formación de la costumbre. La práctica internacional, las normas convencionales, la doctrina y la jurisprudencia que receptan al *estoppel* no muestran una percepción unívoca. La visualización predominante coincide con el *estoppel by representation* del derecho inglés: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam; nemo potest venire contra factum proprium*. Una sentencia inglesa de 1837 por primera vez hizo referencia al *estoppel* como institución procesal.: “Cuando una persona, con sus palabras o con su conducta, produce voluntariamente a otra la creencia de la existencia de un determinado estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su previa posición jurídica, el primero no puede alegar frente al segundo que en realidad existía un estado de cosas diferentes”. La CIJ en el as. *Templo de Préah Vihéar (Camboya c. Tailandia)* señaló que “(...) un Estado no puede ser autorizado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (...)”<sup>40</sup>. En el Derecho internacional existe abundante jurisprudencia en materia de oponibilidad de los actos unilaterales a su declarante. Asimismo, la CDI expresó una opinión favorable al estudio de los actos unilaterales que pudiesen constituir una prueba de la actitud del Estado acerca de algún otro acto o algún hecho o situación<sup>41</sup>. El art. 45 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, con relación a los convenios, receptó el *estoppel* al determinar que un Estado no puede alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, si *i.a.* se ha expresado o comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o su continuación en vigor o en aplicación.

### ***c. Actos de Organizaciones Internacionales Intergubernamentales***

Debe distinguirse la resolución del órgano de la organización internacional (acto unilateral del sujeto internacional colectivo) del comportamiento de cada Estado Miembro al votar o prestar su consentimiento al texto de una resolución, constituyendo este último acto unilateral concluyente del Estado, conformativo de la práctica del mismo en determinada materia, de acuerdo al principio de buena fe.

Ha sido largamente ponderado el rol de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales (OIG) en la construcción del DIMA. Basta recordar que la *Declaración sobre el Medio Humano* (1972), la *Carta de la Naturaleza* (1982) y la *Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo con la Agenda 21* (1992), entre numerosísimos actos de OIG,

<sup>40</sup> CIJ, *Recueil* 1962, par. 40.

<sup>41</sup> CDI, *Informe Anual*, 2004, p.102.

han sido fruto de las labores de las Organización de las NU y sus organismos dependientes, constituyendo verdaderos hitos históricos en la cimentación de la protección internacional del medio ambiente. Además, numerosas convenciones internacionales en materia ambiental han sido adoptadas en el seno de esa organización o sus organismos dependientes.

Numerosas resoluciones de OI de carácter no vinculante, meramente declarativas, han contribuido al desarrollo del DIMA y han devenido en normas obligatorias por distintas vías. Se suele señalar como ejemplo de esto a la Declaración de Helsinki para la protección de la capa de ozono de 1989, por haber servido de base para las enmiendas duras del Protocolo de Montreal de 1990; a las Guías UNEP/FAO como antecedente del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989.

En general, las resoluciones de las OIG no son vinculantes a menos que se vuelvan representativas de un consenso general, conformando costumbre internacional (instantánea o progresiva). Ciertas OIG de integración han previsto la obligatoriedad y efecto directo de sus normas (entre ellas, las normas ambientales), como es el caso de las Comunidades Europeas o -de modo más limitado- la Comunidad Andina de Naciones.

Aun cuando, en general, las resoluciones de la OIG no son obligatorias, existe un deber de lealtad de quien integra la OI por el cual no debería obrar en contra de decisiones o resoluciones adoptadas con las mayorías establecidas por el sistema orgánico. La normatividad interna es distinta de la externa, en la cual, salvo excepción, rige el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Una de las excepciones a las que nos referimos es la señalada en el art. 2.6 de la Carta de Naciones Unidas y que puede involucrar cuestiones ambientales, así, el daño grave, deliberado, al medio ambiente -en sus condiciones esenciales para la supervivencia humana- es considerado crimen internacional o violación de norma imperativa de derecho internacional general<sup>42</sup>.

#### ***d. Jurisprudencia internacional***

En lo que hace al rol de la jurisprudencia internacional, tal como lo establece el art. 38 del Estatuto de la CIJ, citado precedentemente, las sentencias y fallos jurisprudenciales son fuente auxiliar del Derecho internacional. Es sabido, tal como lo dispone el art. 59 del mismo Estatuto<sup>43</sup>, que la sentencia sólo es obligatoria para las partes en litigio y con relación al asunto en cuestión. Sin embargo, los pronunciamientos de los tribunales

---

<sup>42</sup> Así ha sido receptado, expresa o implícitamente, en: el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* (Roma 18 de julio de 1998), en los *Estatutos de los Tribunales Penales para la Ex Yugoslavia y Ruanda* (Res. 827/93 y 955/94 del Consejo de Seguridad), como también, en los *Proyectos de la CDI* sobre Principios y Delitos (1950), sobre Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1954), sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (1980, 1996 y 2001), el Código sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (1996).

<sup>43</sup> Vid. nota 1.

internacionales, frecuentemente, citan o adhieren a antecedentes jurisprudenciales, dando lugar a la construcción de una doctrina del precedente. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que es a través de los pronunciamientos jurisprudenciales que es posible determinar, comprobar la existencia de una costumbre internacional o de los principios generales del derecho.

Entre los pronunciamientos judiciales que hacen referencia al valor del precedente jurisprudencial se cuentan los producidos en el as. *Lotus*, el as. *Alta Silesia*, el dictamen sobre la *Comisión del Danubio* de la CPJI; el as. *Diferendo Limitrofe entre El Salvador y Honduras* de la CIJ<sup>44</sup>.

Entre los principales tribunales internacionales de nuestro tiempo, que han tenido oportunidad de pronunciarse en materia ambiental, podemos citar a la CIJ (creada en 1946, con sede en La Haya) y su predecesora la CPJI, al Tribunal Permanente de Justicia de La Haya (creado en 1899, con sede en La Haya), al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (creado en 1982 y constituido en 1996, con sede en Hamburgo), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1968 y constituida en 1979, con sede en San José de Costa Rica), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (creado en 1994 y constituido en 1999, con sede en Estrasburgo), la Corte Penal Internacional (creada en 1998, constituida en 2002, con sede en La Haya)<sup>45</sup>, etc. Debe recordarse que la CIJ creó en 1993 la Sala de Medio Ambiente. Si bien, no diligenció ningún caso, la Corte informó sobre la Sala hasta 2006, en que dejó de hacerlo.

#### *e. Doctrina internacional*

La *doctrina*, al igual que la jurisprudencia -de conformidad al art. 38 del Estatuto de la CIJ- tiene el rol de fuente auxiliar del DI, que permite una mejor interpretación y determinación del derecho. La palabra “doctrina” hace referencia a las obras de los principales publicistas, los que se pronuncian en forma individual o colectiva. Esto último es frecuente en el caso de instituciones científicas como por ejemplo, el *Institut de Droit International* (IDI, 1873) o la *International Law Association* (ILA, 1873). Es de destacar el aporte tanto del IDI como de la ILA en el desarrollo y codificación del DIMA. La doctrina es frecuentemente citada por los jueces en sus pronunciamientos.

### **III. PRINCIPIOS GENERALES DEL DIMA**

Se ha señalado que los “principios” a diferencia de las “reglas jurídicas” están enunciados en términos generales, por lo que no dan lugar a la adopción de cursos concretos de acción para su cumplimiento, careciendo por ello de especificidad ejecutoria (MARONG, A.B.M.,

---

<sup>44</sup> La Corte, en sentencia de 11 de agosto de 1992, al pronunciarse sobre el valor de los precedentes judiciales con referencia al *status* del Golfo de Fonseca, señaló que con relación a las partes que no fueron tales en oportunidad de la sentencia de 9 de marzo de 1917 del Tribunal Internacional Centroamericano, la referida sentencia no podía ser aplicada directamente, sin embargo, que la aplicaría en la medida que considerara pertinente (CIJ, *Recueil 1992*, pp. 402-403).

<sup>45</sup> Con relación al Tribunal Arbitral de La Haya, si bien no constituye un tribunal permanente, interesa recordar que en 2001, adoptó las “Reglas Opcionales para el Arbitraje de Disputas Relativas a Recursos Naturales y/o Medio Ambiente”.

2003-2004, 57-58). Tal como lo señaláramos en tópicos anteriores, deben distinguirse los principios generales del derecho de los principios generales del DIMA. Estos últimos son normas consuetudinarias, que en el caso particular, han ido surgiendo de la práctica de los Estados o de la labor de las OI. El que la formulación sea “principialista” no significa que sea una enunciación abstracta, inconcreta. Los principios generales del DIMA son de contenido sustantivo complejo a más de haberse ido construyendo con distintos matices en la práctica de los Estados.

Se ha señalado que los principios generales del DIMA expresan más bien objetivos que normas. Por nuestra parte, entendemos que su contenido sustantivo complejo -al igual que los principios generales del Derecho Internacional Público y de otras ramas del derecho, si bien, más acentuado en la rama jurídica que nos ocupa- hace que los principios generales del DIMA estén imbricados uno en el otro de modo que no pueden ser interpretados aisladamente. Además, son de estructura compuesta en tanto se integran por una serie de obligaciones concretas de comportamiento, exigibles en virtud de su carácter normativo. Esos principios generales del DIMA son la base sobre la que descansa en su integridad la construcción del sistema jurídico de protección internacional del medio ambiente, llegando a designarse como “Principios Constitucionales del DIMA” (CASSESE, A. 2005, 188), base del “Nuevo Orden Internacional Ecológico” (SAND, P.H., 1993, 377). A pesar de ello, en esta breve presentación de las fuentes, por razones de limitaciones en la extensión del trabajo, sólo podremos referirnos a ellos sucintamente.

#### **A. Principio de soberanía**

De conformidad a este principio “*los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que están fuera de los límites de la jurisdicción nacional*” (Principio 2 de la *Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo*), principio reiterado en numerosos instrumentos internacionales, entre ellos: el *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (par. 2 del Preámbulo); la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (par. 8 del Preámbulo); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países afectados por sequía grave o desertificación* (par.15 del Preámbulo). El principio resulta concordante con la *Res. 3281 (XXVIII)* de la AG NU *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, que en su art. 2.1 expresa:

*“Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”<sup>46</sup>.*

Es de observar que el enunciado del art. 2.1 encuentra sus límites en el art. 30 del mismo instrumento, el que expresa:

*“La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo. Todos los Estados tienen la*

---

<sup>46</sup> Observaremos más adelante la diferencia que hace esta resolución entre los derechos de los Estados sobre sus propios bienes y los derechos que tiene en caso de recursos naturales compartidos.

*responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente”.*

Los límites a que hacemos referencia se hallan en otros principios generales del DIMA, como son el desarrollo sostenible, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, prevención, precaución, cooperación, principios con los que debe interactuar el principio de soberanía a los fines de determinar en cada caso el grado de su legítima aplicabilidad<sup>47</sup>.

El principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, constituye una obligación general del Estado (único sujeto territorial<sup>48</sup>) de asegurarse que las actividades bajo su jurisdicción y control no causen perjuicio a otros Estados o áreas fuera de su jurisdicción nacional). Ha sido proclamado en numerosos pronunciamientos arbitrales y judiciales, entre ellos los *leading cases*: el dictamen arbitral de 11 de marzo de 1941 en el as. *Fundición de Trail (EEUU v. Canadá)*<sup>49</sup>; la sentencia de 9 de abril de 1949 en el as. *Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)* en la que la CIJ ha señalado que “todo Estado” “tiene la obligación” de “no permitir que su territorio sea utilizado para fines contrarios a los derechos de otros Estados”<sup>50</sup>. Bien ha señalado la opinión consultiva de la CIJ en el as. relativo a la *Legalidad del Uso de las Armas Nucleares en un Conflicto Armado* (8 de julio de 1996) que:

*“La existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción o control respeten el medioambiente de otros Estados o de las áreas fuera de la jurisdicción nacional es en la actualidad parte del corpus del derecho internacional relativo al medio ambiente”<sup>51</sup>.*

Este principio entendemos que es complementario del principio de soberanía en tanto implica el deber respetar idéntico derecho de soberanía de otros Estados (en su integridad, la que comprende los derechos de los Estados sobre su propio territorio o el que se halla bajo su jurisdicción, como también los espacios en los que tiene derechos como parte del colectivo en relación a los *res nullius*, *res communis usus* o bienes que constituyen patrimonio común de la humanidad.

---

<sup>47</sup> Lejos ello de la *Doctrina de la soberanía absoluta* sostenida en 1895 por el Procurador General de los EE.UU: Harmon (*Doctrina Harmon*), principio que ni siquiera los EEUU han podido sostener, abandonándolo ya en 1906 en el *Tratado del Río Grande*, entre EEUU y Méjico, el que prevé la “distribución equitativa de las aguas” entre los dos países ( SAUSER-HALL, G., 1953, 511).

<sup>48</sup> Tal como lo señaláramos en trabajos anteriores, los pueblos con derecho a la libre determinación, constituidos en MLN beligerantes que ejercen poderes cuasi soberanos-territoriales, no son un sujeto internacional permanente sino transitorio, en tanto se trata de pueblos que buscan constituirse en Estados o entidades autónomas. (DRNAS DE CLEMENT, Z., 1989).

<sup>49</sup> “Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daño (...)”. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. III, pp. 1905-1982, en particular, pp. 1907, 1965 y 1966. Se recuerda que la sentencia arbitral de 16 de abril de 1938 había dispuesto indemnización por los daños causados; la de 1941, al determinar que la fundición no podía funcionar sin causar perjuicio transfronterizo, ordenó la clausura de la fundición.

<sup>50</sup> CIJ, *Recueil 1949*, p. 22.

<sup>51</sup> ICJ, Reports 1996, pp. 241-242, par. 29 (“The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”). Párrafo reiterado en el as. *Proyecto Gabčikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, ICJ, Reports 1997, p. 78, par. 140).

Algunos doctrinarios han señalado que no se concibe ya al ambiente como un ámbito de la soberanía estatal sino como una *common amenity* e, incluso, patrimonio común de la humanidad, de modo que la violación de los intereses comunes sobre el ambiente, manifestados en los principios generales del DIMA como la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares, haya o no daño sobre un Estado en particular, constituye una violación *erga omnes*, que da lugar a la “responsabilidad agravada” en tanto afecta valores y conciencias de la comunidad internacional como un todo. (CASSESE, A., 2005, 487). Debe recordarse que los Proyectos de la CDI de 1980 y 1996 en materia de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, el ejemplo de violación que señala Cassese, había sido incluido en el art. 19 entre las violaciones que ejemplificaban crímenes internacionales.

El principio de soberanía y el principio *sic utere tuo*, a su vez, están imbricados en los principios de prevención y precaución, que consideraremos más adelante. Abordamos a continuación el principio de cooperación, el que también está vinculado con el principio de soberanía en tanto -tal como lo señaláramos- son distintos los derechos de los Estados con relación a bienes de su exclusiva pertenencia de aquéllos que poseen sobre recursos naturales compartidos.

### **B. Principio de cooperación en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos**

La expresión “recursos” naturales compartidos hace referencia a los “usos”, “aprovechamientos”, “réditos” que los Estados obtienen de bienes naturales bajo su soberanía o jurisdicción, los que están sujetos a limitaciones en su utilización o empleo en virtud de su condición de pertenecientes a un sistema unitario transfronterizo. El principio de cooperación en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos se fue incorporando al Derecho internacional a medida que la intensidad de los usos en un Estado comenzó a manifestar efectos en otro Estado. La idea de movilidad o capacidad de traslación transfronteriza está incluida en la de “sistema unitario” ya que el uso en uno de los Estados, dada la comunicatividad de los elementos, puede afectar el bien o sus usos en el territorio de otro u otros Estados. Esta percepción resulta aplicable a las aguas superficiales y subterráneas, al gas, al petróleo, a ciertos otros yacimientos minerales como el mercurio, al aire, a la flora y/o fauna de un ecosistema integrado, etc. (DRNAS DE CLÉMENT, Z., 2003 a).

Los “recursos” no deben ser confundidos con los bienes en sí. La expresión “recurso” indica lo que corre, lo que se obtiene de un bien, sus producidos, sus rentas, sus utilidades, sus aprovechamientos. Es decir, no se refiere a la cosa en sí o a su título o derecho de dominio<sup>52</sup> sino al uso que de ella se hace.

---

<sup>52</sup> Las fronteras entre los Estados, en la actualidad, se hallan bien definidas, resultando claro a qué soberano pertenecen los distintos bienes territoriales.

En tal sentido, la Resolución de la AG NU 3281 *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* con relación a los “recursos naturales compartidos”, en su art. 3 ha establecido:

*“En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros”.*

A diferencia del art. 2.1 en el que hacía referencia a los derechos soberanos de los Estados sobre sus propios bienes, expresando que podían ejercer “libremente” la posesión, uso y disposición de esos bienes, aprovechamientos y riquezas, en el caso de la explotación de los recursos naturales compartidos considerados en el art. 3, establece el deber de “cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa”.

Tal como lo señaláramos con anterioridad, la obligación de “cooperar” aparece como una obligación genérica que contiene deberes específicos exigibles.

La obligación de autolimitación en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos fue marcada en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. Uno de los más citados es el laudo arbitral en el as. *Lago Lanoux* (España y Francia), el Tribunal en su dictamen de 16 de noviembre de 1957<sup>53</sup>, señaló contenidos concretos de la obligación de cooperar sobre la base de la información y consulta previas. Así, señaló que los trabajos proyectados por un Estado debían ser notificados al otro u otros Estados del curso de agua en tanto el interesado en llevar adelante el proyecto no podía ser el único árbitro para determinar el riesgo potencial del emprendimiento. Si el proyecto tenía entidad para causar un daño allende sus fronteras, a más de la notificación del proyecto, tenía la obligación de informar y de negociar de buena fe, tratando de conciliar los intereses opuestos. Expresamente señaló el laudo que la obligación de negociar, no implicaba la obligación de arribar a un acuerdo u obtener el consentimiento del Estado que recibía la notificación, en tanto éste no tenía derecho de veto sobre las actividades proyectadas por el notificante. Ello, sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran caberle<sup>54</sup>.

La CDI, en su proyecto sobre *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* ha seguido los lineamientos señalados en el fallo precedentemente citado<sup>55</sup>.

Entendemos que el grado de cooperación varía según el tipo de aprovechamiento a realizar sobre un recurso natural compartido y su virtualidad para causar perjuicios transfronterizos, lo que puede ser observado en la práctica interestatal. Así, por ejemplo: \*en el caso de la Presa de Futaleufú en Argentina, construida sobre una cuenca con desembocadura en Chile, bastó la simple información; \*en el caso de la presa Puerta de Hierro sobre el Danubio, acuerdos bilaterales entre Yugoslavia y Rumania contemplaron la información y consulta

<sup>53</sup> *Revue Générale de Droit International Public*, París, Tomo LXII, 1958, p. 79 y ss.

<sup>54</sup> La obligación de notificar ya había sido receptada en el Asunto Tacna-Arica (*Recueil des Sentence Arbitrales*, Vol. II, p. 92) y en el Asunto del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia (CPJI Série A/B 42, p. 108).

<sup>55</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y corrección (A/56/10)*.

previas; \*en el caso del Río Senegal, el acuerdo entre los países del sistema dispuso el establecimiento de una Comisión internacional de regulación y gestión común. (DRNAS DE CLÉMENT, Z. 2003 a).

### C. Principio de prevención

El principio de prevención está basado en los principios generales del derecho de buena fe, no abuso del derecho y responsabilidad, como también en los principios generales del DIMA de soberanía-igualdad y *sic utere tuo*. Está asentado en la idea de “diligencia debida” de los sujetos de Derecho internacional, es decir, en la *obligación* de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos. Atento a la obligación general de los Estados y otros sujetos internacionales de prevenir, prohibir o reprimir ciertos actos que causen o puedan causar perjuicios a otros Estados o sujetos internacionales, la falta de diligencia transforma a la tolerancia de tales actividades en acto ilícito atribuible al omitente<sup>56</sup>. La diligencia debida está constituida por el conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento exigibles internacionalmente (diligencia suficiente). Esta diligencia, es el mínimo constitucional y legal imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones internacionales (“derecho interno internacionalmente indispensable”)<sup>57</sup>.

El principio de prevención ha sido enunciado en distintos instrumentos jurídicos internacionales (vg.: *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Tratado de la Comunidad Europea*), constituyendo además, una antigua norma consuetudinaria internacional reconocida largamente por vía jurisprudencial, verdadero eje de articulación entre el acto lícito y el ilícito internacional (DRNAS DE CLÉMENT, Z. 1998).

El tipo e intensidad de medidas de prevención que debe adoptar un sujeto internacional depende del riesgo de la actividad que pretende desarrollar. Entre esas medidas figuran: -poseer un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, que de las actividades desarrolladas en áreas bajo su jurisdicción no surjan daños a otros sujetos internacionales (ello incluye la evaluación de impacto ambiental, el otorgamiento de licencias, la participación ciudadana, etc.); -hacer uso diligente de ese aparato según la magnitud de los riesgos previstos; -prohibir las actividades ciertamente dañosas con capacidad para provocar efecto transfronterizo y/o adoptar previsiones para que ciertas actividades riesgosas no alcancen ese tipo de efecto; -exigir el uso de tecnologías limpias; -crear sistemas que permitan a eventuales víctimas y al propio medioambiente condiciones rápidas de reparación.

---

<sup>56</sup> Vid. el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos (2001), art. 11.

<sup>57</sup> Vid. al respecto los dictámenes de la CPJI en los ass. *Trato de los Nacionales Polacos* (1932) y *Zonas Francas* (1932). Vid. asimismo las labores de la CDI en los proyectos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de las pérdidas en caso de producirse dicho daño, Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, Responsabilidad de las Organizaciones internacionales.

El art. 2. a) del Proyecto sobre *Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* señala que: “El ‘riesgo de causar daño transfronterizo sensible’ abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar daño transfronterizo sensible y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico”. De conformidad al art. 6, el Estado debe establecer el requisito de su autorización para toda nueva actividad como también para las preexistentes. Tal como lo veremos más adelante, cierta dimensión del principio de precaución (cuando se presume que la actividad puede causar un daño catastrófico o grave irreversible) se rige por la pautas de la “diligencia debida” y no del mero criterio del “buen gobierno”.

#### **D. Principio de precaución**

Se trata de un antiguo principio, si bien, de joven aplicación en el DIMA. Tiene su origen en un antiguo canon del comportamiento humano, correspondiéndose a una visión renovada de la ancestral concepción de “prudencia” ante lo incierto, lo desconocido. En la “prudencia” se enlazan la “conjetura” basada en la “memoria”, la “inteligencia” con su razonamiento inductivo-deductivo (analogía con lo conocido) y la “providencia” (vigilancia, disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos). Implica una actitud de reserva, circunspección, previsión. El filósofo Hans Jonas, en su obra *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age* (1979, traducción al inglés de 1984), trabajó sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro.

El principio de precaución se enfrenta con el riesgo incierto, a diferencia del principio de prevención que hace frente al riesgo cierto (DRNAS DE CLÉMENT, Z. 2008, 13).

La *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* (1972), en el punto sexto de la *Proclama*, expresa la necesidad de un “conocimiento más profundo y una acción más prudente” para asegurar la supervivencia de las generaciones presentes y las venideras.

Es de observar que ya *Carta Mundial de la Naturaleza* (1982), en su Punto 11<sup>58</sup>, ha distinguido - al igual que varios instrumentos jurídicos

---

<sup>58</sup> *Carta de la Naturaleza: Punto 11: “(...) b) 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 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 perjudiciales; c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales”.*

vinculantes (vg.: *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología* (2000)- dos niveles de precaución diferentes conforme al tipo de riesgo potencial:

:

a)-cuando los potenciales efectos que se sospechan pueden surgir de una actividad permiten suponer el riesgo de daño grave, irreversible, catastrófico.

b)-cuando los temidos potenciales efectos adversos pueden afectar la conservación y utilización sostenible de la naturaleza; y

En el primero de los casos el ente decisor “debe” adoptar medidas de previsión cautelar, para que un potencial riesgo de esa naturaleza no tenga posibilidades de producirse. Esas medidas de “diligencia debida”, en algunos casos, deben ser igualmente o más estrictas que en la aplicación del principio de prevención atento a la falta de posibilidad de adoptar recaudos satisfactorios ante la incertidumbre en el riesgo mismo y a las posibilidades de minimizar los efectos o adoptar medidas de prevención adecuadas a los resultados. En el segundo caso, el Estado u otro sujeto según el caso, “puede” adoptar medidas de prudente previsión de los riesgos supuestos y la eventual minimización de sus efectos en caso de que las relaciones costo-beneficio hayan aconsejado autorizar la actividad debe adoptar medidas de “buen gobierno”).

La provisionalidad de las autorizaciones o denegatorias de autorización como las medidas aplicadas constituyen una nota característica del principio de precaución, atento a que siempre se halla abierta la posibilidad de modificar la decisión conforme avancen los conocimientos científicos y técnicos en torno al riesgo.

Las diferentes escuelas jurídico-doctrinarias, tal como han evolucionado hasta nuestros días, tienen unas percepciones básicas sobre el modo en que la cautela ambiental debe consagrarse en el derecho, las que pueden sintetizarse de la siguiente manera (DRNAS DE CLÉMENT, Z. 2008):

\*-La más liviana considera que no corresponde consagrar el principio como norma jurídica compulsiva sino como una “ética de acción”, como una directriz a guiar la decisión política de los órganos del Estado. Por ello, prefiere hablar de “*perspectiva*” *precautoria*, “*enfoque*” *precautorio* y no de “principio”. Entiende que la sola presión de la población puede obrar como suficiente control frente a las actividades de riesgo dudoso.

\*-La posición intermedia ubica al principio entre las responsabilidades de los poderes públicos del Estado, los que deben regular los procedimientos a cumplimentar frente a toda nueva actividad o cambio de una ya establecida. Además, también, contempla la responsabilidad privada en casos de ocultamiento de información o mala fe. Esta visión que se considera moderada, busca seguridades a futuro en base a una prospección profunda y al

seguimiento de la actividad en un marco de transparencia, respondiendo a una “*política de gestión*” basada en normas.

\*-La posición principialista considera al principio de precaución una *fuerza principal del derecho*, que impone normas mínimas de gestión ineludibles. Algo más estricta que la anterior, hace descansar el peso de la aplicación de las exigencias de gestión en los poderes públicos y en determinados actores (los especialmente determinados en la legislación).

\*-La posición catastrofista pretende aplicar al riesgo dudoso reglas más exigentes que al riesgo cierto (atento la incertidumbre), transformándolo en un principio jurídico duro, *principio coactivo*, aplicado a todo nivel, las más de las veces inmovilizador, a pesar de percibirlo en conflicto con intereses económicos, de desarrollo, científicos y tecnológicos.

Cerca de un centenar de convenios internacionales multilaterales, plurilaterales y bilaterales han incluido al principio de precaución. Si bien, esos instrumentos internacionales han utilizado expresiones diversas para referirse a la precaución ambiental (vg: *idea precautoria, enfoque precautorio, medida precautoria, acción cautelar, criterio de precaución, principio de acción precautoria, principio de precaución*, etc.) la distinción puede considerarse que representa sólo una preferencia terminológica, ya que, en la práctica, no ha habido sustancial diferencia de acción como consecuencia de esa diversidad de manifestaciones (TROUWBORST, A. 2006, 11-12).

Es de tener en cuenta que, en el caso del principio precautorio, quien quiere llevar adelante determinada actividad debe probar que la misma no es peligrosa para el medio ambiente. Esta “inversión de la carga de la prueba” ha sido largamente criticada por considerarse que daña al progreso científico<sup>58</sup>. Sin embargo, entendemos que no es correcto hablar de “inversión” de la carga de la prueba. La carga es la de rebatir la presunción científicamente sostenida de riesgos concretos que conlleva una actividad determinada por lo que la carga de la prueba que debe hacer el interesado en llevar adelante la actividad tiene objeto definido: demostrar razonablemente y con criterios científicos la afrontabilidad de los riesgos. Caso contrario, dado que los efectos habrían de resultar sobre toda la sociedad, no cabe considerar admisible que alguien en beneficio comercial particular (aun cuando pueda ser en beneficio científico o de desarrollo de toda la comunidad) pueda ser autorizado a disponer con ligereza de los bienes comunes. Ello, especialmente, cuando se trata de actividades que se sospecha con base en fundamentos científicos que pueden tener resultados catastróficos o graves de modo irreversible para las generaciones futuras.

El deber de actuar del Estado (custodio de los bienes comunes) incluye la obligación de: -agotar las vías para alcanzar las certezas necesarias

en torno a la existencia o no del riesgo sospechado antes de autorizar una actividad, como así también cubrir las seguridades básicas acordes al potencial riesgo dudoso a afrontar; -asegurarse que el mejor conocimiento científico se base en elementos objetivos (vg. biológicos, químicos, físicos) ponderados por autoridad responsable no interesada en los resultados, de modo transparente; -llevar adelante la revisión continuada y regular de la actividad y su riesgo y los medios para enfrentarlo a la luz de los progresos científicos; -hacer lugar a la participación social de conformidad al principio democrático y lo establecido en el art. 10 de la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo, pero sin olvidar que la autoridad/sociedad de un momento y lugar dado no puede considerarse legitimada para “asumir” un riesgo, cuando el posible daño habría de ser grave e irreversible y recaer sobre un colectivo mucho mayor que aquél sobre el que está habilitado a disponer (vg.: la humanidad percibida con criterio global e intergeneracional).

Destacamos lo señalado precedentemente ya que el daño ambiental temido en el caso de riesgo incierto, suele caracterizarse: -por implicar un “consumo-daño del ambiente” (bien común) en interés prioritariamente particular (aun cuando en última instancia la actividad pueda redundar en beneficio general); -por exteriorizarse lenta y acumulativamente, no siendo detectable de inmediato; -por acarrear efectos distintos de los esperados (eventualmente más graves); -por tener efectos directa o indirectamente transnacionales; -por resultar difícil o imposible dar por probada científica e indubitablemente la relación entre causa eficiente y consecuencia, favoreciendo con ello la falta de responsabilidad frente al daño; -por dificultar la adopción de medidas adecuadas de previsión atento a la incertidumbre del riesgo y, en caso de producirse un daño, conllevar dificultades para minimizarlo o suprimirlo eficientemente.

El principio de precaución se considera principio eje para el logro del desarrollo sustentable, sostenible, durable. Su desconocimiento en grado extremo puede resultar letal para el planeta y el género humano.

#### **E. Principio de desarrollo sustentable**

El informe presentado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, conocido como Informe Brundtland, definió al desarrollo sustentable como “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas”.

Si bien, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), en su artículo 27 enunció al desarrollo sostenible, no lo definió. La Agenda 21 ha sido el primer instrumento

que vinculó economía, ambiente, pobreza y desarrollo, señalando la necesidad de integrar ambiente y desarrollo (SINDICO, F. Y GUPTA, J., 2004, 177)<sup>59</sup>.

La *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable* de Johannesburgo (2002) reafirmó los principios de desarrollo sustentable enunciados en Río, al igual que su programa de acción. Con posterioridad, los Jefes de Estado, en el ámbito de Naciones Unidas y en el marco de las labores relativas al desarrollo de los “Objetivos del Milenio”, han ido formulando y reformulando una serie de metas, entre las que se cuenta “haber logrado en 2015 que todas las políticas y programas a nivel país hayan integrado los principios del desarrollo sustentable (...)”.

El párrafo preambular 13 de la Declaración sobre Desarrollo Sustentable de la International Law Association (2002) ofrece una definición amplia del “objetivo de desarrollo sostenible”, señalando que implica un amplio e integrado enfoque de los procesos económico-social-político.

Un importante número de acuerdos internacionales multilaterales en materia ambiental han incorporado al derecho sustentable<sup>60</sup>. Incluso, el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial del Comercio y algunos acuerdos del sistema de comercio multilateral conexos han contemplado al desarrollo sustentable. A pesar de ello, no cabe considerar al principio de derecho sustentable una norma consuetudinaria esclarecida en su contenido, en tanto, al igual que el principio general de cooperación, constituye a nuestro criterio -más que una norma intersticial (MARONG, A.B.M., 2003-2004, 50)- expresión unitaria de un contenido plural de obligaciones vinculantes en permanente desarrollo.

Los contenidos normativos más importantes del principio-objetivo de desarrollo sostenible (vinculados a otros principios del DIMA) son: -el uso de los recursos naturales debe ser equitativo y razonable; -la protección del medio ambiente es parte integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse en forma aislada; - toda actividad potencialmente dañosa debe ser sujeta a estudio-evaluación de impacto ambiental como medida necesaria de prevención y precaución para asegurar el desarrollo sostenible; - los Estados deben reducir y eliminar los sistemas

<sup>59</sup> Puede considerarse como un antecedente de esa vinculación, la Res. 1831 (XVII) de la AG NU sobre *Desarrollo Económico y Conservación de la Naturaleza*. Asimismo, es de destacar el “Reporte Founex” preparado para la Conferencia de Estocolmo (1972), que señaló las ramificaciones de las relaciones entre medioambiente y desarrollo y fundó la Declaración de Estocolmo (1972).

<sup>60</sup> *I.a.*: la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (1992); su *Protocolo de Kyoto* (1997); el *Convenio sobre la Diversidad Biológica* (1992); su *Protocolo de Cartagena* (2000); la *Convención sobre la Lucha contra la Desertificación* (1994); el *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional* (1998); la *Convención de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes* (2001).

de producción y consumo insostenibles; - los Estados deben cooperar en el desarrollo del conocimiento científico mediante el intercambio de información, la difusión, la transferencia de tecnología<sup>61</sup>.

## **F. Principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas**

Este principio tiene un *status* reconocido no sólo en el derecho ambiental sino también en distintos campos del Derecho internacional, entre ellos, el de los derechos humanos y el derecho internacional comercial. (MARONG, A.B.M., 2003, 60). Es considerado piedra angular del desarrollo sostenible (DE LUCIA, V., 2007). Se funda los principios generales del derecho de la equidad y el no abuso de derecho. Precisamente, el principio 7 de la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992) ha establecido:

*“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”<sup>62</sup>.*

Antes de la Declaración de Río las diferentes responsabilidades se basaban en las distintas capacidades y grado de desarrollo (vg. Convenio para la Protección de la Capa de Ozono). A partir de Río ha surgido la idea de responsabilidad en dimensión intertemporal y los daños causados al ambiente por los Estados desarrollados.

Existen grandes diferencias en la percepción de este principio entre los Estados desarrollados y los en vía de desarrollo. Por ejemplo, EEUU, entre otros países, no acepta la interpretación del principio en el sentido de que implica la aceptación de una obligación internacional o la limitación de responsabilidades de los Estados en desarrollo.

La International Law Association en su *Declaración de Nueva Delhi sobre los Principios del Derecho internacional relativos al Desarrollo Sustentable* (2002) ha mantenido el “deber de cooperar en el logro del desarrollo sostenible global” y ha requerido el reconocimiento de “las necesidades y los intereses especiales de los países en desarrollo y países con economías en estado de transición” y los “adversamente afectados por cuestiones ambientales, sociales y de desarrollo”.

---

<sup>61</sup> Si bien, con relación al desarrollo sustentable, al igual que con otros objetivos ambientales, no cabe un acercamiento puramente estatal o interestatal atento a la multiplicidad de los actores involucrados (de los que decisivamente depende el logro de los objetivos), atento a que estamos efectuando un análisis de las fuentes normativas del DIMA, nos referimos al principal sujeto del Derecho Internacional, el Estado, el que ha generado y asumido las obligaciones en materia de protección internacional del medio ambiente.

<sup>62</sup> Los principios 6 y 11 también se relacionan al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. El primero, al hacer referencia a la prioridad que debe darse a la situación especial y las necesidades de los Estados en desarrollo, en particular, los menos desarrollados. El segundo, al señalar que ciertos estándares pueden resultar inapropiados para los Estados en desarrollo.

Las más visibles aplicaciones del principio se dan en el marco de la Convención sobre Cambio Climático<sup>63</sup> y el Protocolo de Kyoto. El Anexo del Protocolo que cuantifica la reducción de emisiones se refiere sólo a Estados desarrollados o con economías en transición. Además, tanto el Convenio como el Protocolo contemplan la cooperación para el desarrollo; la transferencia de tecnología, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero en distintos sectores; la asistencia financiera a través del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM). El FMAM, creado en 1991 por el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), fue establecido con el fin de financiar proyectos en los países en desarrollo que generaran beneficios ambientales a nivel mundial. Opera con fondos específicos dirigidos a la aplicación del principio. La CP 7 (2001) estableció tres fondos especiales: el Fondo especial para el cambio climático (FECC), el Fondo para los Países Menos Adelantados (FPMA), en el marco de la Convención, y el Fondo de Adaptación, en el marco del Protocolo de Kyoto. El FECC y el FPMA están en funcionamiento y su gestión corre a cargo del FMAM (BLOBEL, D. *et al.*, 2006, 128-156).

#### IV. REFLEXIONES FINALES

El DIMA constituye un régimen jurídico autónomo, que ha ido construyendo significados unitarios y alcances propios y una normativa con características propias, si bien ha sido edificado sobre la base del sistema jurídico de Derecho internacional público. En particular, la construcción del DIMA muestra explícita o implícitamente notas privativas en materia de configuración y valor normativo de sus distintas fuentes formales. Por ello, tal como lo señaláramos al inicio de este trabajo, las múltiples dificultades que los teóricos señalan para que DIMA se vea coronado por un acuerdo general multilateral de tipo codificador en materia de protección ambiental, con un sistema de solución de controversias que permita un efectivo cumplimiento del DIMA, más que problemas insolubles, son desafíos para el futuro de el subsistema jurídico de protección internacional del medio ambiente, que se manifiesta actualmente como el ámbito jurídico de mayor dinamismo y expansión entre todas las sub-ramas del derecho.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALLOT, Ph. (1999), "The Concept of International Law", *EJIL*, Vol. 10, 31-50.
- BARBERIS, J.A. (1994), *La Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ábaco.
- BLOBEL, D. *et al.* (2006), *Convención. Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, Bonn, Dependencia de Asuntos Intergubernamentales y Jurídicos de la Secretaría del Cambio Climático.
- BOYLE, A. (1999), "Some Reflections on the Relationships of Treaties and Soft Law", 48 *ICLQ* 901.
- BOYLE, A. (2006), "Soft Law in International Law-making", en EVANS, M. D. (Ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- BRUNNEE, I. (2002), "Coping with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements", 15 *Leiden JIL*, 26-29.
- DE LUCIA, V. *et al.* (2007), "Common but Differentiated Responsibility", *Encyclopedia of Earth*, Washington, National Council for Science and the Environment.

---

<sup>63</sup> La Convención sobre cambio Climático tanto en el preámbulo como en el art. 3.1 hace referencia al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, haciendo hincapié en liderazgo que les cabe a los países desarrollados en la protección del sistema climático.

- DRNAS DE CLEMENT, Z. (1989), "Colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. III, 1987-1989.
- (1998), "La Diligencia debida como eje de articulación entre la responsabilidad por ilícito internacional y la Responsabilidad por actos no prohibidos en derecho internacional", en REY CARO, E.J, (Dir.) *Derecho Internacional Ambiental: Nuevas Tendencias*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba.
  - (2001 a), *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR*, Buenos Aires, La Ley.
  - (2001 b), "Principio de Precaución en Materia Ambiental. Nuevas Tendencias", en *Humanismo Ambiental. Terceras Jornadas de Reflexión.*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
  - (2001 c), "Principios de Precaución y Prevención en el Derecho Internacional Americano", *Jornadas de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaria de la OEA, Washington. ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).
  - (2002), "Las Normas imperativas de Derecho internacional general. Dimensión sustancial", en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Lerner, Córdoba.
  - (2003 a), "Los Recursos naturales compartidos por los Estados y el Derecho internacional", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol XII, 79-106 (<http://www.aadi.org.ar/doctrina/anuario.2003.pdf>).
  - (2003 b), "El Daño deliberado y sustancial al medio ambiente como objetivo, medio o método de guerra", en *Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires. Comité Internacional de la Cruz Roja. Lexis Nexis. Buenos Aires-Ginebra, 2003. ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)) ([www.cicr.org](http://www.cicr.org)).
  - (2008), *El Principio de precaución. La práctica argentina*, Córdoba, Lerner. ([www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)).
- DUPUY, P. M. (1990-1991), "Soft Law and the International Law of the Environment", 12 *Michigan Journal of International Law*, 420-435.
- CASSESE, A. (2005), *International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HAGGENMACHER, P. (1986), "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", en *RGDIP*, 90-1, 5-126.
- KIM BOON, F. (1992), "The Rio Declaration and its Influence on International Environmental Law", *SINGAPORE J. LEGAL STUD.* 347-351.
- MARONG, A.B.M. (2003-2004), "Form Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Normas in Sustainable Development", *Geo. Int'l Envrtl. L. Rev.*, 16, 21-76.
- RAMLOGAN, R. (2001-2002), "The Environment and International Law: Rethinking the Traditional Approach", *Vermont Journal of Environmental Law*, Volume 3 (<http://www.vjel.org/journal/VJEL10008.html>).
- REDGWELL, C. (2006), "International Environmental Law", en EVANS, M. D. (Ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ROBB, C.A.L. (Ed.) (1999), *International Environmental Law Reports*, Lauterpacht Research Center of International Law, Cambridge UK, Cambridge University Press, Vol. I.
- SAND, P.H. (1993), "International Environmental Law after Rio", *EJIL* Vol. 4-1, 377-389.
- SAUSER-HALL, G. (1953), "L'utilisation industrielle des fleuves internationaux", *RCADIH*, 1953-II, T. 83, 511.
- SHELTON, D. (2006), "International Law and Relative Normativity", en EVANS, M. D. (Ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- SIMMA, B. and PULKOWSKI, D. (2006), "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *EJIL*, Vol. 17, 483-529.
- SINDICO, F. "Unraveling the Trade and Environment Debate through Sustainable Development Law Principles", (<http://www.esil-sedi.eu/english/pdf/Sindico.PDF>) ([http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=411221](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=411221))
- SINDICO, F. y GUPTA, J.(2004), "Moving the Climate Change Regime Further Through a Hydrogen Protocol", *RECIEL* 13 (2) 2004.
- SINGLETON-CAMBAGE, K. (1995-1996), "International Legal Sources and Global Environmental Crises: The Inadequacy of Principles, Treaties and Custom", *ILSA J. Int'l & Comp. L.* Vol. 2, 171-187.
- STERN, B. (1981), "Custom at the Heart of International Law", en *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone.
- SUR, S. (1988), "Sources du droit international", en *Juris Classeur de Droit International*, Sources de Droit, T.1, Fasc. 13 (1<sup>o</sup> cahier) n° 3.
- THIRLWAY, H. (2006), "The Sources of International Law", en EVANS, M. D. (Ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- TROUWBORST, A. (2006), *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- WEIL, P. (2000), *Écrits de droit international*, Presses Unversitaires de France, Paris.