

El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente

1. Introducción

Desde la reciente aparición del Derecho Internacional del Medio Ambiente como sector independiente de la normativa internacional, se han ido configurando en él una serie de principios fundamentales, algunos de los cuales cuentan con una sólida base jurisprudencial y convencional, junto con una importante aplicación en la práctica internacional de los Estados. Entre ellos podemos mencionar el principio de prevención, el de cooperación internacional, de precaución, de responsabilidad y reparación de daños ambientales, de evaluación de impacto ambiental, "quien contamina paga", y de participación ciudadana.

Estos principios, entendidos en el sentido de "norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc."¹, están dotados de cierto grado de exigibilidad, pudiendo, incluso, estar revestidos de la juridicidad suficiente como para ser considerados expresivos de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos de

* Abogado.
Ayudante
Académico de la
Cátedra de Derecho
Internacional
Público.
Universidad de
Valparaíso.

¹ Atienza. Manuel; Ruiz Manero, Juan. "Tres Enfoques de los Principios Jurídicos", en *Ronald Dworkin Estudios en su Homenaje, Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso, 1993), pp. 329-356. Entre las muchas acepciones que existen respecto de lo que se entiende por el término "principios", en este trabajo los consideraremos en el sentido que los profesores Atienza y Manero atribuyen a lo que ellos denominan "principios en sentido estricto", distinguiéndolos de las "directrices o normas programáticas". Otras distinciones que formulan estos autores al respecto son las siguientes: "principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito" versus "principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez (y, en general, de los órganos jurídicos)" y "principios explícitos" versus "principios implícitos".

Derecho Internacional y, por tanto, susceptible de poner en movimiento el mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado.

La indeterminación que encontramos en la configuración abierta de las condiciones de aplicación de los principios, no constituye un óbice a esta juridicidad de que están revestidos por el hecho de ser tales, pues esta indeterminación no se extiende a la descripción del modelo de conducta calificado deónticamente. En efecto, el modelo de conducta se encuentra tan determinado como en el caso de las reglas, por lo que el principio exige un cumplimiento pleno, sin que quepan modalidades graduables de cumplimiento.

Por otro lado, gran parte de estos principios han sido recogidos por vía convencional, tratándose en estos casos de obligaciones convencionales concretas, que de llegar a ser incumplidas, generarían la responsabilidad internacional del Estado autor de la violación.

Por último, también es posible que los principios de esta rama de la normativa internacional lleguen a configurarse como obligaciones impuestas por el Derecho Internacional consuetudinario general, reconocidas por la jurisprudencia internacional e incorporadas en la práctica convencional de los Estados. En estos casos y al constituirse en obligaciones de Derecho internacional consuetudinario general, son jurídicamente exigibles a los Estados y, por tanto, su eventual violación dará lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Desde otra perspectiva, el análisis de los principios reviste importancia en cuanto a la función de explicación del Derecho que les es propia. Así, por una parte, los principios permiten sintetizar una gran cantidad de información, brindándonos una descripción económica de una determinada realidad (en este caso el Derecho Internacional del Medio Ambiente) y, por otra parte, y aún más importante, el análisis de los principios nos permite entender el Derecho no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, esto es, como un conjunto dotado de sentido. "Por ello, conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta un cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijados en disposiciones específicas. Esta doble capacidad de los principios para presentar de una manera breve y ordenada un sector de (o todo) un ordenamiento jurídico no es ni más ni menos que lo que suele llamarse sistematización del Derecho"².

Hechas estas observaciones, a continuación examinaremos uno de los principios más importantes de la normativa internacional ambiental, el *Principio de Prevención*.

² *Ibid.*

2. Antecedentes del Principio

En los orígenes del principio de prevención, encontramos tres fallos de suma relevancia para su nacimiento y posterior consolidación y que constituyen los precedentes clásicos en la materia. En primer lugar, en el conocido Asunto relativo a la fundición de Trail (Canadá-EEUU), el tribunal arbitral, en su decisión de 11 de marzo de 1941, dictaminó que “con arreglo a los principios del Derecho Internacional y del Derecho de los Estados Unidos, ningún Estado puede usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o de las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daños (...)”. Asimismo, aunque de un modo más indirecto, el principio fue recogido por la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia relativa al Asunto del Estrecho de Corfú, de 9 de abril de 1949³ y por la sentencia arbitral del Lago Lanós de 1957.

Posteriormente, numerosos documentos internacionales se han ocupado del principio de prevención⁴, destacándose la Declaración de Estocolmo de 1972, que lo proclamó en su Principio 21 señalando que “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios de Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”. Siendo el principio reafirmado por la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados en su artículo 30⁽⁵⁾, por la

³ El Tribunal Internacional de Justicia señaló que “Todo Estado tiene la obligación de no permitir que se utilice su territorio para fines contrarios a los derechos de los otros Estados”.

⁴ Sólo a título de ejemplo, podemos citar los siguientes instrumentos internacionales: Declaración de Helsinki sobre Medio Humano (1972), Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Agenda 21 (1992), Convención de Londres sobre Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954), sustituida por la Convención de Londres sobre la Prevención contra la contaminación por Buques (1973), Convenio de Londres sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (1972), Convenio de Bruselas relativo a la Intervención en Alta Mar en caso de Accidentes que Causen una Contaminación por Hidrocarburos (1969), Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (1982), Convenio de Londres sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos (1990), Convención sobre Cambio Climático (1992), Convención sobre Biodiversidad (1992), Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994).

⁵ Artículo 30: “Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en los apartados 1 y 2 del artículo 194⁶⁾ y por la Declaración de Río en su Principio 2⁷⁾.

Asimismo, distintos trabajos de codificación de las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente han recogido el principio de prevención. Tal es el caso de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Atenas, celebrada del 4 al 13 de septiembre de 1979⁸⁾, y más recientemente, el conjunto de normas elaboradas por la Asociación de Derecho Internacional en la Conferencia de Montreal⁹⁾. En esta misma línea, se encuentra el Primer Informe Evensen sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación¹⁰⁾ y el Proyecto de Convención Europea para la Protección de los Cursos de agua Internacionales contra la contaminación, de 1974¹¹⁾.

3. Contenido del Principio

El principio de prevención se concreta en tres obligaciones básicas: diligencia debida, utilización equitativa de los recursos naturales y la relativa a la buena fe.¹²⁾ A continuación examinaremos cada una de ellas.

⁶⁾ Artículo 194: "1. Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto. 2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención".

⁷⁾ Principio 2: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho internacional, los Estados tienen (...) la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

⁸⁾ Cuyo artículo 2 dice: "En el ejercicio de su derecho soberano a explotar sus propios recursos con arreglo a propias políticas ambientales, y sin perjuicio de sus obligaciones contractuales, los Estados estarán obligados a asegurar que sus actividades o las realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causarán contaminación alguna en las aguas de los ríos y lagos internacionales fuera de sus fronteras".

⁹⁾ Cuyo artículo 3, párrafo 1 dice: "Sin perjuicio de las reglas relativas a la utilización razonable y equitativa de recursos naturales compartidos, los Estados, en sus actividades legítimas se hallan bajo una obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación transfronteriza hasta el extremo de que no se cause un perjuicio sensible en el territorio de otro Estado".

¹⁰⁾ Cuyo artículo 23 se refiere a la "obligación de prevenir la contaminación": "Ningún Estado del sistema podrá contaminar las aguas de un curso de agua internacional o permitir su contaminación, cuando se cause o se pueda causar perjuicio apreciable a los derechos e intereses de otros Estados del sistema respecto de su uso equitativo de esos recursos hídricos compartidos u otros efectos nocivos en sus territorios".

¹¹⁾ Cuyo artículo 3 refiere esta obligación de prevención a nuevas formas de contaminación o al aumento de las ya existentes: "Cada Parte Contratante se obliga, respecto de los ríos internacionales, a adoptar: a) todas las medidas necesarias para prevenir nuevas formas de contaminación del agua o cualquier aumento en el grado de contaminación;".

¹²⁾ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *La Protección del Medio Ambiente en Derecho Internacional. Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español* (Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991), pp. 58-64.

- a) **La Diligencia Debida.** En la base del principio de prevención, se encuentra la idea de “diligencia debida” por parte de los sujetos de Derecho Internacional, es decir, la obligación de vigilancia y adopción de previsiones en relación a los bienes y personas bajo su jurisdicción, a fin de asegurarse de que, en condiciones normales, no causen perjuicios transfronterizos¹³. Se entiende por esta obligación la que se espera de un “buen gobierno”, esto es, un gobierno respetuoso de sus obligaciones internacionales y está constituida por el conjunto de “estándares mínimos” de comportamiento, de diligencia exigibles internacionalmente (diligencia suficiente).

El contenido mínimo de la obligación de diligencia se concreta en dos aspectos principales: en primer lugar, los Estados deben poseer de manera permanente un aparato jurídico y material suficiente para asegurar normalmente el respeto de sus obligaciones internacional y, en segundo término, esa vigilancia debe adaptarse a las circunstancias de cada caso y puede traducirse en la obligación que tiene el Estado de anticiparse al hecho perjudicial excepto en el supuesto de que la acción fuera imprevisible¹⁴. Se trata, por tanto, de una conducta activa a cargo del Estado que, en su orden interno, se especifica en la necesidad de adaptar su legislación a los compromisos internacionales adquiridos, poniendo los medios de control necesarios para que aquellos sean observados en su territorio y no se produzca su violación. Ello significa que el Estado deberá dotarse, en el terreno de la protección del medio ambiente, de la legislación y reglamentación administrativa, civil y penal que sean necesarias para tal objeto. A este respecto, a menos que la obligación del Estado esté claramente especificada en un tratado previo, se deberá hacer referencia a un “promedio estándar” que el juez o el árbitro fijarán de acuerdo a la práctica más común seguida por los Estados en sus relaciones internacionales¹⁵.

No obstante, debe resaltarse que la obligación general de debida diligencia es una noción flexible, susceptible de adaptarse a las circunstancias en forma muy diversa, de tal manera que en su apreciación debe considerarse la particular situación del país en cuestión, especialmente en el caso de los países en vías de desarrollo, para quienes la protección del medio ambiente muchas veces implica un alto costo económico y social. Así se ha consagrado en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, que en su artículo 23 dispone que: “Sin perjuicio de los criterios que puedan

¹³ Dernas de Clément, Zlata, “Los Principios de Prevención y Precaución en Materia Ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”, en *Jornadas de Derecho Internacional* (Secretaría General de la OEA, Washington, 2001), pp. 81-92.

¹⁴ Dupuy, P. M., *La Responsabilité Internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle* (Pedone, París, 1977).

¹⁵ Dupuy, P.M., “Due diligence in the International Law of Liability”, *Legal aspects of transfrontier pollution* (Paris, O.E.C.D., 1977) p. 261.

acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que si bien son válidas para los países más avanzados pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo”.

En relación con la responsabilidad internacional del Estado, esta obligación es la norma que permite determinar si un Estado ha cumplido o no con sus obligaciones internacionales y, por ende, si ha incurrido o no en responsabilidad. En este sentido, cabe destacar la marcada tendencia hacia la objetivación de la obligación de diligencia, llegando a ser concretada en normas de calidad o estándares ecológicos establecidos detalladamente por un tratado internacional, que invierten la carga de la prueba, y de esta manera, facilitan la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad internacional. De esta manera, el concepto de “diligencia debida”, entendida, según ya hemos visto, como la exigencia de conducta que cabe esperar de un buen gobierno, se separa de la intencionalidad subjetiva propia de los conceptos de “intención hostil” (*Dolus*) o de “negligencia manifiesta” (*Culpa*), adquiriendo el significado de una prueba más objetiva¹⁶. En la misma línea, el profesor Günter Handl nos aclara que el estándar general de la responsabilidad en Derecho internacional parece claramente basado en la culpa (fault), pero no en el sentido de negligencia culpable, malicia o dolo por parte del órgano del Estado, sino en el sentido de violación de una obligación internacional impuesta por el Derecho positivo¹⁷. De esta manera, no resulta necesario un cierto *animus* del órgano estatal en cuestión, manifestado como intención dolosa o negligencia culpable (culpa *stricto sensu*), sino que basta con la violación o infracción de la norma jurídica.

- b) La utilización equitativa y razonable de los recursos naturales.** Esta obligación tiene su expresión jurisprudencial en el Asunto de la Comisión Internacional del Oder cuando, en relación con la navegación de los ríos internacionales, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional señaló la existencia de una “comunidad de intereses” entre los Estados ribereños, que implicaba la “perfecta igualdad” de todos ellos y la exclusión de cualquier privilegio a favor de uno de ellos y en perjuicio de los demás.

En la práctica de los Estados, esta obligación se ha planteado tradicionalmente entre Estados vecinos, que comparten un recurso natural, por ejemplo un curso de agua internacional, existiendo entre ellos un lazo objetivo surgido de una

¹⁶ Orrego Vicuña, Francisco, *La Responsabilidad por Daño al Medio Ambiente en el Derecho Internacional* (Madrid, España, 1998), p. 288-289.

¹⁷ Handl, Günther, “State liability for accidental transnational environmental damage by private persons”, *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 536.

relación jurídica caracterizada por la correlación y la interdependencia. Como consecuencia de esta relación jurídica, los Estados tienen la obligación de esforzarse por conciliar sus intereses con los de otros Estados potencialmente afectados y, por tanto, se hallan obligados a evaluar la incidencia transfronteriza de la utilización del recurso que se proyecte, antes de llevarla a cabo, de manera que no se genere una contaminación que produzca un impacto "significativo" o "sustancial" en el Estado vecino¹⁸.

La utilización equitativa de los recursos naturales pone de manifiesto la interdependencia existente entre los distintos elementos que componen el medio ambiente. Las actividades realizadas en un Estado pueden repercutir no sólo en el medio ambiente del Estado vecino, sino también en el de Estados más alejados físicamente, como ha ocurrido, por ejemplo, con el accidente de la central nuclear de Chernobyl. Esta interdependencia la han puesto de manifiesto distintos textos internacionales, destacándose la Carta Mundial de la Naturaleza, en especial, sus Principios generales 3 y 4¹⁹. Por ello, estimamos que la utilización equilibrada de los recursos naturales, tradicionalmente limitada a los espacios fronterizos, debiera extenderse al medio ambiente concebido de forma global, como un todo omnicompreensivo. Ello facilitaría una protección global del medio ambiente por la Comunidad Internacional, pero sin olvidar la necesidad de tomar en consideración las circunstancias particulares de cada Estado.

c) **La buena fe.** La obligación de prevención implica también la actuación de buena fe de los Estados, no sólo en el cumplimiento de sus obligaciones interna-

¹⁸ Como ejemplos de documentos internacionales que hacen referencia a la utilización equitativa, podemos citar el artículo X de las Reglas de Helsinki, aprobadas en 1966 por la Asociación de Derecho Internacional, con arreglo al cual:

"1. En congruencia con el principio de utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, un Estado deberá:

- a) evitar cualquier forma nueva de contaminación del agua o cualquier aumento del grado de la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional, que pudiera causar perjuicio notable en el territorio de un Estado corribereño, y
- b) tomar todas las medidas aconsejables para disminuir la contaminación existente en una cuenca hidrográfica internacional hasta un grado en que dicha contaminación no cause un daño considerable en el territorio de un Estado corribereño.

2. La zona establecida en el párrafo 1 de este artículo se aplica a la contaminación de las aguas que se origina:

- a) en el territorio de un Estado, o
- b) fuera del territorio del Estado, si es causada por obra de éste".

Asimismo, el Preambulo de la Resolución de Atenas del I.D.I. afirma: "Consciente -el Instituto- de las múltiples utilidades que pueden presentar los ríos y los lagos internacionales y de la existencia de un interés común en la utilización racional y equitativa de tales recursos buscando un equilibrio razonable entre los diversos intereses".

¹⁹ "3. Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la Tierra como en el Mar; se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitat de las especies escasas o en peligro.

4. Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera a lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan".

cionales, sino también en la utilización del medio ambiente sobre el que tienen jurisdicción y sobre el que ejercen soberanía. Se concreta, como ha señalado el Tribunal Arbitral en el Asunto del Lago Lanós, en “la obligación de tomar en consideración los diferentes intereses existentes, de tratar de darles todas las satisfacciones compatibles con la persecución de sus propios intereses y de demostrar que tiene, en este sentido, un deseo real de conciliar los intereses del otro ribereño con los suyos propios”. Se trata de una pauta de conducta que los Estados deben adoptar para prevenir daños medioambientales y que podría concretarse en el hecho de que al autorizar actividades susceptibles de repercutir en el medio ambiente de otros Estados, el Estado en cuestión debe actuar como si se tratara de una actividad que repercutiera únicamente sobre su territorio, exigiendo las mismas garantías y ejercitando el mismo control que sobre las demás actividades que se realizan en su territorio nacional²⁰⁻²¹.

3. Exigibilidad del Principio y su Relación con el Régimen de Responsabilidad Aplicable al Daño Ambiental

Según el profesor José Juste Ruiz, el Principio de Prevención posee un claro asentamiento en la práctica internacional y, considerado en un plano jurídico teórico, inspira y vertebra el Derecho Internacional del medio ambiente, formando parte del Derecho Internacional Consuetudinario y, por tanto, constituyendo una obligación jurídicamente exigible, susceptible de generar responsabilidad en caso de violación²². A este respecto debe tenerse presente lo afirmado por el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen relativo a la licitud de la amenaza o el empleo de armas nucleares de 8 de julio de 1996, en el que indica que “La existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen al medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente”. La misma afirmación ha sido reproducida por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 25 de septiembre de 1997 relativa a la controversia entre Hungría y Eslovaquia sobre la presa de Gabčíkovo y el desvío de las aguas del Rin.

En este sentido, debemos considerar el importante rol que cumple la Costumbre en la formación de reglas ambientales. Cabe recordar que la generalidad de la práctica

²⁰ Fernández de Casadevante Romani, *op. cit.*, pp. 63-64.

²¹ Según la C.D.I., en el Informe que realiza a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1983: “Con respecto a las expresiones “buena fe” y “relaciones de buena vecindad”, se señaló que, si bien era imposible imponer a los Estados la buena voluntad, ésta era esencial para la solución de los problemas de los cursos de agua internacionales, y establecer la obligación de proceder de buena fe era probablemente lo más que se podía lograr en este sentido... De todos modos, se puso en duda además la necesidad de referirse a la buena fe, que era un concepto universal aplicable a la conducta de todos los Estados”.

²² Juste Ruiz, José, *Derecho Internacional del Medio Ambiente* (Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999), p. 73.

de la que se deduce la existencia de una regla consuetudinaria no es sinónimo de unanimidad, de manera que no es necesario buscar en la práctica de todos y cada uno de los Estados que componen la comunidad internacional la adhesión a los valores expresados por la regla consuetudinaria en cuestión²³. Por otro lado, con arreglo al Derecho Internacional actual existe la posibilidad de que un Estado resulte obligado sin haber manifestado su consentimiento en ese sentido, pues si bien, antes, una regla consuetudinaria no era oponible a un Estado que la había objetado personalmente en las condiciones adecuadas, hoy en día, la generalidad tiende a ser concebida como no susceptible de derogaciones individuales, es decir, como universal²⁴.

Por otro lado, el período de tiempo necesario para que cristalice una regla consuetudinaria es bastante más reducido que hace unos años. Esto es particularmente cierto en el sector del medio ambiente, como consecuencia de los progresos habidos en el campo de las comunicaciones, el gran número de conferencias y reuniones internacionales en que participan la mayor parte de los Estados, etc. En este sentido, el juez Tanaka en su opinión disidente en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte manifestó que: “la existencia de una Organización mundial como las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional, y su actividad, de un modo general, no pueden sino acelerar la formación rápida de un derecho consuetudinario... lo que necesitaba un centenar de años en otras ocasiones puede necesitar menos de diez en la actualidad”.

Asimismo, debemos resaltar el valor que cobra para la formación de reglas consuetudinarias el predominio del “*soft law*” que existe en este sector de la normativa

²³ Como advierte Sorensen en su opinión disidente en el asunto de la plataforma continental del Mar del Norte: “El artículo 38 de del Estatuto del Tribunal se refiere a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Conforme a la doctrina clásica, esta práctica debe haber sostenido la necesidad de un ‘uso inmemorial’. El Tribunal, en su jurisprudencia anterior, no parece sin embargo haber establecido reglas estrictas en cuanto a la duración del uso o de la práctica que puede ser aceptada como derecho. En particular, no parece haber deducido conclusiones respecto del sentido habitualmente atribuido al término *costumbre* cuando ha sido empleado en otros contextos. En el asunto del Derecho de asilo el Tribunal ha declarado únicamente que el Gobierno de Colombia debía probar ‘que la regla cuya aplicación pretende es conforme a un uso constante y uniforme, practicado por los Estados en cuestión y que este uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que concede el asilo y de un deber que incumbe al Estado territorial’. Así, “el Tribunal se ha reservado la posibilidad de reconocer la aparición rápida de una nueva regla de derecho consuetudinario basada en la práctica estatal reciente; hecho especialmente importante teniendo en cuenta el proceso de evolución extremadamente dinámico que actualmente conoce la comunidad internacional. Que el origen de esta evolución se encuentre en el movimiento de las ideas, en factores sociales o económicos o en la nueva tecnología, el hecho es que uno de los rasgos característicos de nuestra época es la aparición constante de nuevos problemas y circunstancias que requieren una reglamentación jurídica. En situaciones de este carácter, un Convenio adoptado gracias a los procedimientos combinados de codificación y de desarrollo progresivo del Derecho internacional generalmente aceptadas... puede servir de guía reconocida para la práctica de los Estados que deben resolver nuevos problemas jurídicos y sus disposiciones pueden constituir de este modo, el núcleo en torno al cual se cristalizará un nuevo conjunto de reglas generalmente reconocidas. El término *costumbre*, que en su sentido clásico implica un cierto elemento de tiempo, puede ser incluso una expresión impropia para describir esta fuente particular de Derecho...”

²⁴ Weil, P., “Vers une normativité relative en Droit International?”, *R.G.D.I.P.* (1982/1) p. 39.

internacional²⁵. Las formulaciones contenidas en textos no obligatorios, tales como las declaraciones, tienden a consolidar una práctica en curso y a aportarle el soporte de un texto que, por el estilo más frecuentemente utilizado y por su título mismo de declaración, es solemne²⁶. Lo mismo ocurre con las resoluciones de organismos y conferencias internacionales, cuya acumulación produce un efecto catalizador que puede dar origen a nuevas reglas consuetudinarias internacionales relativas a la protección del medio ambiente. Así, es posible que determinadas obligaciones jurídicas surjan, se desarrollen y cristalicen con rapidez en un breve lapso de tiempo, a pesar de no hallarse contenidas en normas convencionales, sino en textos elaborados en el seno de Conferencias y de Organizaciones Internacionales y que expresan el consenso general de los Estados (o por lo menos de una gran parte de ellos) acerca de su consideración como tales obligaciones, y por lo tanto exigibles, en un determinado sector del ordenamiento internacional.²⁷

Habiendo quedado establecido que esta obligación de prevención es una obligación jurídicamente exigible, nos queda determinar si se trata de una obligación de comportamiento o de resultado²⁸. La decisión que se tome al respecto no es irrelevante,

²⁵ Algunos autores traducen esta expresión al castellano como *Derecho blando* o *Derecho suave*. Otros prefieren utilizar la expresión *Derecho Incompleto* o *Derecho Imperfecto*, por graficar de mejor manera el sentido de las normas que lo componen, en cuanto se estima que son normas jurídicas no completas, no vinculantes de forma directa. Según el profesor Juste Ruiz, desde un punto de vista normativo, el carácter "soft" del Derecho Internacional del Medio Ambiente se manifiesta, en primer lugar, en aquellos supuestos en los que las normas de que se trata están todavía en gestación, sin haber culminado definitivamente el proceso formal de consolidación de las mismas. Ejemplos de ello lo constituyen las normas contenidas en convenios de codificación que no han entrado todavía en vigor, o las normas consuetudinarias cuyo proceso de formación no ha alcanzado un estadio final de cristalización. En segundo término, esta contextura "blanda" se muestra en los casos en que las normas aparecen formuladas en instrumentos que no poseen *per se* fuerza jurídica vinculante, tales como Resoluciones, Declaraciones, Programas, Estrategias, Códigos de conducta, Actas Finales de Conferencias Internacionales, Informes de Grupos de Expertos, etc. Por otro lado, con independencia de la naturaleza formal del instrumento que contiene las disposiciones ambientales, su contenido normativo muchas veces es blando, presentando una intensidad atenuada, expresada en compromisos mitigados, susceptibles de modulación a voluntad, configurándose como obligaciones de comportamiento, en oposición a las obligaciones de resultado. De este modo, proliferan los deberes de informar, de consultar, de controlar, de vigilar, de negociar, etc., así como los compromisos prospectivos, las directrices genéricas, las reglas *not self-executing*, etc. Además, los convenios en la materia, generalmente establecen cláusulas escapatorias y fórmulas aligeradas para su modificación y enmienda, que se hacen particularmente expeditivas en lo que respecta a la modificación de los anexos de carácter técnico. En su dimensión aplicativa, la naturaleza "soft" de la normativa ambiental se manifiesta en cuanto los instrumentos internacionales relativos a la protección del medio ambiente no suelen establecer un aparato institucional muy desarrollado, ni órganos o instancias dotados de poderes de decisión. En general, se trata más bien de poner en pie un mínimo de esbozo organizativo que deje en manos de los propios Estados involucrados las decisiones relativas a la aplicación de las reglas convenidas. En lo que respecta a los tratados o convenios ambientales, se recurre generalmente a las "reuniones consultivas" o "reuniones de las partes", celebradas con cierta periodicidad, en las cuales, ellas mismas se encargan de resolver las cuestiones que suscita la aplicación del Tratado. Asimismo, la adopción de resoluciones suele hacerse mediante procedimientos basados en el consenso, posponiendo las cuestiones sobre las que no hay acuerdo unánime para momentos más propicios. Juste Ruiz, José, *op. cit.*, pp. 44-48.

²⁶ Ferrari Bravo, L., «Méthodes de recherche de la coutume internationale des le pratique des Etats», *R. Des C.*, t. 192 (1985-III) p. 246.

²⁷ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *op. cit.* p. 106.

²⁸ En el caso de las "obligaciones de comportamiento" sólo se exige la adopción por los Estados de una determinada conducta para realizar la obligación, mientras que en las "obligaciones de resultado", lo fundamental no es el

pues si estuviéramos ante una obligación de comportamiento, los Estados únicamente estarán obligados a adoptar la diligencia que se espera de un buen gobierno, mientras que si se trata de una obligación de resultado, los Estados serían responsables por todo tipo de contaminación, incluso por las más livianas. De ello dependerá cuándo puede estimarse que la obligación ha sido violada y, por ende, que pueda ponerse en movimiento el mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado.

El problema se planteó en los trabajos preparatorios de la Conferencia de Estocolmo de 1972, donde "algunas delegaciones manifestaron que si la declaración incluía la idea de que el Estado debía compensar todo daño al medio ambiente ocasionado por sus actividades, esto sería tanto como endosar el principio de la responsabilidad absoluta de los Estados. Las mismas delegaciones apuntaron que la responsabilidad específica del Estado depende del modo en que éste utiliza prerrogativas de su poder público para alcanzar los objetivos generales recogidos en los convenios en los que aquel es Parte". Es por ello que afirmaron que la Declaración "debería, por consiguiente, excluir cualquier responsabilidad del poder público basada en el riesgo y debería hacer hincapié en que sólo la negligencia de un Estado, imputable bien a su pasividad bien al incumplimiento de obligaciones específicas, podría comprometer su responsabilidad en el sentido del Derecho Internacional". Como resultado de esta divergencia resultó el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo, que contiene el deber estatal de cooperar para desarrollar el Derecho Internacional en lo que se refiere a la responsabilidad en este sector del medio ambiente.

Ahora bien, del análisis de la práctica de los Estados, se desprende que en la actualidad la obligación de prevención es concebida como una obligación de comportamiento. Esta conclusión se desprende asimismo del estudio de los trabajos preparatorios de la Conferencia de Estocolmo, y la hallamos, también, en el Segundo Informe del relator especial Quentin-Baxter relativo al Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional²⁹.

Desde el punto de vista doctrinal, la mayor parte de los autores confirman esta postura considerando que no todas las contaminaciones dan lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, los autores afirman que tanto en asunto de la fundición de Trail, como en el asunto del Estrecho de Corfú, no existe una

comportamiento observado por los Estados, sino el resultado a alcanzar (y que de no lograrse conlleva la violación de la obligación internacional en cuestión). La importancia de esta distinción radica también en aspectos procesales de cara a facilitar la carga de la prueba. Pero en ambos supuestos, su violación conlleva la comisión de un ilícito internacional. A este respecto, la C.D.J. en el Informe sobre su 29º período de sesiones señaló: "si un comportamiento dado del Estado constituye una violación de una obligación internacional que le incumbe, hay que saber si por su naturaleza ésta es una obligación de 'comportamiento'..., o bien por el contrario, una obligación de resultado".

²⁹ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *op. cit.*, pp. 115-118.

prohibición total de todo tipo de contaminación. Así, el profesor Dupuy sostiene, respecto al primer caso, que “la única conclusión cierta deducible de la argumentación del Tribunal es que, con arreglo al Derecho Internacional, un Estado debe tolerar las consecuencias de las actividades de otro Estado que afecten a su territorio y que son lícitas ‘per se’ en la medida en que estos efectos extraterritoriales no den lugar a un perjuicio y que el caso no sea de graves consecuencias”³⁰ y respecto al segundo afirma que “ver en él el enunciado de un principio de responsabilidad objetiva a cargo del Estado equivaldría muy exactamente a hacer decir al Tribunal lo contrario de lo que ha querido decir, ya que “si la sentencia emitida por el Tribunal aporta algo al derecho de la responsabilidad internacional, lo hace a través del enunciado claro del principio de ‘utilización no perjudicial del territorio’, contrapartida del ejercicio exclusivo de las competencias territoriales, principio que hasta ese momento no había sido afirmado con tanta nitidez más que mediante sentencias arbitrales”³¹.

Por todo lo expuesto, podemos concluir, que la obligación de prevención es una obligación de comportamiento, de adoptar una determinada conducta para prevenir y evitar la contaminación. Los Estados, por tanto, deben hacer todo lo posible para evitar la contaminación y, si ésta se produce no obstante haberse tomado estas medidas, no son responsables internacionalmente. En otras palabras, si un Estado prueba que la polución transfronterera fue causada por un evento o factor completamente imprevisible (en particular un accidente natural), y por tanto independiente de su voluntad y más allá de su control, podría entonces repudiar toda responsabilidad³².

Ello nos lleva a concluir, siguiendo al profesor Alonso Gómez-Robledo, que en el estado actual del desarrollo del Derecho Internacional, la responsabilidad del Estado sólo podrá quedar comprometida si se comprueba que por parte de los órganos o autoridades del Estado en cuestión hubo falta de la “diligencia debida” en la prevención del acto perjudicial, entiéndase en este caso, del acto de contaminación³³.

Sin embargo, y dado que el régimen internacional de protección ambiental utiliza la prueba de la “diligencia debida” para determinar la responsabilidad del Estado, es deseable que esta exigencia sea medida, en lo posible, de acuerdo a criterios objetivos. De esta manera, y como indica el profesor Orrego Vicuña, será posible minimizar el problema consistente en que los Estados suelen abstenerse de presentar reclamaciones por responsabilidad, para evitar establecer un precedente respecto de los criterios subjetivos para medir la conducta esperada en materias ambientales, el que luego pueda ser invocado en su contra.³⁴

³⁰ Dupuy, P. M., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

³¹ *Ibid.*

³² Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Responsabilidad Internacional por Daños Transfronterizos* (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1992) p. 88.

³³ Gómez-Robledo, Alonso, “Consideraciones sobre la...”, p. 238.

³⁴ Orrego Vicuña, Francisco, *op. cit.*, p. 288.

