

**LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN
EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN LA UNIÓN
EUROPEA**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

*Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad
CEU San Pablo*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Autónomo Tecnológico de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍEZ

*Magistrado de la Suprema Corte de Justicia
de México*

OWEN M. FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Magistrado en el Tribunal Europeo de Derechos
Humanos*

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de
Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad
Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLÁSOLO

*Catedrático de Derecho Internacional Penal y
Procesal de la Universidad de Utrech
(Países Bajos)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad de Valencia*

JOSÉ IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal
Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de
Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de
Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

<http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales>

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSÉ JUSTE RUIZ
MIREYA CASTILLO DAUDÍ

tirant lo blanch

Valencia, 2014

Copyright © 2014

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (<http://www.tirant.com>).

© José Juste Ruiz
Mireya Castillo Daudí

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-
ISBN: 978-84-
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Capítulo 1

EL MEDIO AMBIENTE MUNDIAL

I. ASPECTOS GENERALES	11
A. Un mundo único pero compartimentado.....	12
B. Problemas transfronterizos y globales	13
C. Cooperación internacional y factores condicionantes.....	16
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: ESTOCOLMO 1972, RÍO DE JANEIRO 1992, JOHANNESBURGO 2002, RIO + 20 2012	19
A. La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972	20
B. La Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992	22
C. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo 2002	24
D. La Cumbre Río + 20 de 2012.....	26
III. MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO: EL DESARROLLO SOSTENIBLE.....	28

Capítulo 2

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

I. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL	33
II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL.....	35
A. Funcionalidad	35
B. Multidimensionalidad.....	36
C. Participación de actores no estatales	38
D. Importancia del “soft law”	39
E. Emergencia del hard law	42
1. Fundamento teórico.....	42
2. Medios de protección	44
III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL.....	46
A. El principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente.....	47
B. El principio de prevención del daño ambiental transfronterizo.....	49
C. El principio de responsabilidad y reparación de daños ambientales.....	51
D. Los principios de evaluación de impacto ambiental, de precaución y de que quien contamina paga	53
1. Evaluación de impacto ambiental	53
2. El principio de precaución	55
3. El principio “quien contamina paga”	57
E. El principio de participación del público	58

*Capítulo 3***LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL**

I. ASPECTOS GENERALES	61
II. LOS TRATADOS AMBIENTALES.....	62
A. Predominio de la fuente convencional	62
B. Características de los convenios ambientales.....	65
C. Evolución de la técnica convencional	69
III. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES	72
A. Escasez de reglas consuetudinarias específicas	73
B. Relevancia del procedimiento consuetudinario general	74
C. Los principios generales del Derecho internacional	75
IV. OTROS PROCEDIMIENTOS NORMATIVOS.....	76
A. Declaraciones de Conferencias y resoluciones de Organizaciones internacio- nales.....	77
B. Acción normativa convencional	79
C. Instrumentos económicos y de mercado	80
V. PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA.....	81
A. La jurisprudencia internacional.....	82
B. La doctrina	86

*Capítulo 4***LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL**

I. INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL.....	89
A. Instrumentos de gobernanza	89
B. Problemas de aplicación.....	92
II. MECANISMOS DE CONTROL DE LA APLICACIÓN.....	94
A. Procedimientos convencionales	94
1. Procedimientos administrativos	95
2. Procedimientos informativos.....	96
3. Procedimientos de incumplimiento	97
4. Procedimientos de inspección.....	99
B. Mecanismos institucionales: acción de las organizaciones internacionales.....	99
III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	101
A. Dificultades en presencia	102
B. Mantenimiento del principio de responsabilidad.....	104
C. Violación de obligaciones ambientales y crimen ecológico internacional	106
D. La responsabilidad de los Estados por daños ambientales resultantes de actos no prohibidos por el Derecho internacional	111
IV. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	115
A. Procedimientos establecidos en los convenios ambientales	115
B. Práctica en la materia: preferencia por los procedimientos de solución alter- nativos	117
C. ¿Hacia un Tribunal Internacional especializado?.....	118

*Capítulo 5***EL RÉGIMEN INTERNACIONAL PARA COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO**

I. CONTAMINACIÓN DE LA ATMÓSFERA Y CAMBIO CLIMÁTICO.....	121
II. LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO DE 1992	123
III. EL PROTOCOLO DE KIOTO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997.....	125
A. Aspectos generales	126
B. Cumplimiento conjunto	129
C. Los mecanismos de flexibilidad	132
1. Mecanismo de aplicación conjunta (Artículo 6).....	132
2. Mecanismo para un desarrollo limpio (Artículo 12)	136
3. Comercio de derechos de emisión (Artículo 17).....	140
D. Verificación del cumplimiento	143
IV. DESARROLLO DEL SISTEMA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO	147

*Capítulo 6***LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA**

I. LA INSTAURACIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE MEDIO AMBIENTE.....	151
A. El silencio de los Tratados originarios	151
B. La dimensión ambiental del mercado común	153
1. Admisibilidad de las medidas ambientales adoptadas por los Estados miembros.....	154
2. Posibilidad de una acción normativa de las Instituciones europeas en materia ambiental.....	155
3. La formalización progresiva de la política comunitaria de medio ambiente	157
II. LA POLÍTICA DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA	158
A. Disposiciones generales	158
B. Disposiciones sobre “Medio Ambiente”	161
1. Aspectos generales de la política de medio ambiente (Artículo 191).....	161
2. Procedimientos de adopción de decisiones, financiación y ejecución (Artículo 192).....	164
3. Medidas nacionales de mayor protección (Artículo 193)	167
C. La protección del medio ambiente en otros ámbitos de actuación	168
1. Disposiciones sobre aproximación de legislaciones	168
2. Disposiciones relativas a la acción exterior de la Unión	171
3. Medidas basadas en el Artículo 352 del TFUE	172
III. LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN	172
A. Aspectos institucionales	172
B. Principales actos normativos	175
1. Disposiciones transversales	175
2. Disposiciones sectoriales.....	177
C. Acuerdos internacionales	179

Capítulo 1

EL MEDIO AMBIENTE MUNDIAL

I. ASPECTOS GENERALES

La protección del medio ambiente constituye actualmente una de las mayores preocupaciones de la humanidad. Aunque los orígenes del problema ambiental son antiguos, sus efectos más dramáticos se han manifestado abiertamente en tiempos recientes, poniendo en evidencia la necesidad de una acción concertada para responder a este nuevo desafío de magnitud ecuménica. La dimensión transnacional de sus causas y efectos ha situado a la protección del medio ambiente en un lugar central de la acción de los Estados y de los organismos e instituciones internacionales en la Comunidad Internacional actual¹.

Una de las primeras dificultades que tiene que afrontar este nuevo sector especializado del Derecho internacional es la definición del objeto material del que se ocupa, es decir, el “medio ambiente”. Aunque no existe una definición canónica de este concepto altamente evasivo y proteico, la Corte internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la legalidad del empleo de armas nucleares de 6 de julio de 1996, afirmó que:

“el medio ambiente no es una abstracción sino el espacio en el que viven los seres humanos y del que depende la calidad de su vida y su salud, inclusive de las generaciones futuras”.

Las palabras de la Corte, pese a su simplicidad, ponen de manifiesto los elementos esenciales que, desde una perspectiva jurídica, identifican el concepto de medio ambiente. Por un lado, se afirma que se trata del “espacio en el que viven los seres humanos”, que son los sujetos principales de la creación y únicos a los que pueden dirigirse las normas jurídicas. También se subraya que se trata del mismo medio físico del que ya se han ocupado numerosas reglas del Derecho internacional (por ejemplo, las que definen y delimitan las competencias de los Estados sobre el territorio y sobre otros espacios sometidos a su soberanía o jurisdicción), pero contemplado ahora desde una nueva perspectiva que se preocupa de su “calidad” para sustentar dignamente la vida humana. Por otra parte, con independencia de los planteamientos “antropocéntricos” o “cosmocéntricos”,

¹ J.L. Hardgrove (Ed.) *Law, Institutions and the Global Environment*, New York: Oceana, Leiden: Sijthoff, 1972, p. 98. Ver también P.W. Birnie - A.E. Boyle *International Law and the Environment*. Oxford (Clarendon Press), 1992. p. 83.

queda patente que los problemas que se suscitan derivan de la interacción entre el hombre y su entorno, que ha producido un deterioro progresivo de la biosfera. Por eso, la relación entre el hombre y el medio ambiente debe ser reordenada para lograr un desarrollo sostenible, que asegure también las condiciones de vida de las generaciones futuras.

La acción del hombre sobre su entorno ha generado efectivamente un proceso progresivo de degradación, debido al aumento de la población mundial y al incremento de los impactos impuestos al medio ambiente como resultado del desarrollo industrial, científico y tecnológico. La principal manifestación de los daños que el hombre produce sobre el medio ambiente se ha concretado en la figura de la “contaminación” que se define como la introducción por el hombre de sustancias o energía en cualquier sector del medio ambiente susceptible de generar efectos nocivos². Sin embargo, la contaminación no constituye el único factor de degradación ambiental. Hoy en día, otros muchos fenómenos derivados de las actividades humanas afectan al medio ambiente y contribuyen a su deterioro; entre estos puede señalarse el agotamiento progresivo de los recursos naturales, el empobrecimiento de la naturaleza y la pérdida irreversible de la diversidad biológica, el incremento de la sequía y de la desertización, los problemas de la calidad del aire y especialmente el cambio climático (calentamiento global) debido a las emisiones de gases de efecto invernadero. Además, la degradación ambiental produce otros efectos inducidos o “daños colaterales” no menos temibles, tales como falta de recursos vitales (agua), carencias alimentarias (hambrunas), empobrecimiento y desplazamientos masivos (desplazados ambientales) etc.

A. Un mundo único pero compartimentado

Desde una perspectiva científica, está claro que los distintos componentes del medio ambiente forman parte de un único ecosistema global que tiene una dimensión planetaria. La primera ley de la ecología afirma que “todo está interrelacionado” de modo que los impactos sobre el medio ambiente pueden manifestar sus efectos a grandes distancias y se comunican de un sector a otro (tierras, aguas, mares, atmósfera, recursos biológicos). Como sugiere la imagen del llamado sín-

² Así, por ejemplo, se define en el Art. 1, 1 4) de la Convención de las NU sobre el Derecho del Mar de 1982: “Por ‘contaminación del medio marino’ se entiende la introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.”

drome de la mariposa, el vuelo de una mariposa en China puede producir un tifón en Texas.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, este mundo que es ecológicamente único está compartimentado en numerosos espacios estatales sometidos a la acción independiente de cada uno de sus titulares políticos. La mayoría de los espacios que constituyen el ecosistema mundial están, por lo tanto, sometidos a la soberanía de los aproximadamente 200 Estados que los ocupan que, en principio, tienen capacidad de decisión autónoma sobre las actividades realizadas en su territorio o bajo su jurisdicción o control. Más allá de este primer dato, conviene recordar también la existencia de ciertos espacios del planeta que no están sometidos a la soberanía estatal, y que son por lo tanto territorios “sin dueño”, aunque esta ausencia de un soberano no merma en modo alguno su extraordinaria importancia cuantitativa y cualitativa como partes del ecosistema global. Tal es el caso del alta mar, de la zona de fondos marinos y oceánicos situada más allá de la jurisdicción nacional, de la atmósfera que se extiende más allá del espacio aéreo de los Estados, de los espacios sometidos a un régimen jurídico internacionalizado (como la Antártida) y del espacio ultraterrestre o cósmico. Todos estos *global commons* constituyen una parte vital del ecosistema planetario y encierran riquezas naturales de las que depende en gran medida la supervivencia de la humanidad. Sin embargo, dado que los espacios de que se trata no pertenecen a ningún Estado, no existe un titular jurídico que pueda defenderlos como propios o sentirse directamente lesionado si se produce algún atentado ecológico contra ellos. Por ello es necesario que su tutela se organice de un modo colectivo, mediante una acción concertada que evite un uso abusivo de cada Estado actuando aisladamente, para tratar así de poner fin a lo que algunos han denominado “la tragedia de los (espacios) comunes”³.

B. Problemas transfronterizos y globales

En este mundo compartimentado que constituye la realidad política y jurídica en la que vivimos, los Estados han percibido desde hace ya tiempo la necesidad de cooperar en la solución de los problemas cada vez más graves que afectan al medio ambiente común. El primer problema que puso en evidencia la necesidad de esta cooperación es el fenómeno conocido como “contaminación transfronteriza”, es decir, aquella que teniendo su origen en el territorio de un Estado proyecta sus efectos más allá de éste. En la famosa sentencia arbitral de la Fundición de Trail de 1941, dictada en un asunto que enfrentó a los Estados Unidos y Canadá

³ G. Hardin “The Tragedy of the Commons”, 162 *Science* (1968 n° 3860), pp. 1243 y ss. Crowe. “The Tragedy of the Commons Revisited”, 166 *Science* (1969 n°. 3909) pp. 1103 y ss.

por las emisiones de gases sulfurosos que contaminaban el territorio americano, el Tribunal arbitral afirmó que:

“El Tribunal considera que ... tanto según los principios de Derecho internacional, como según el Derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentran, siempre que se trate de consecuencias graves, y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes”⁴.

Pronto se advirtió que los efectos de la contaminación no se planteaban únicamente en el marco bilateral de las relaciones de vecindad sino que sus efectos perturbadores podían afectar también a varios Estados de una región e incluso a Estados situados a gran distancia⁵ y a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional (mareas negras resultantes de accidentes marítimos, contaminación atmosférica a gran distancia). En resumen, como se afirma comúnmente, “la contaminación no conoce fronteras”; por ello la contaminación transfronteriza constituye el primer dato que evidencia la inevitable dimensión internacional que a menudo presentan los problemas ambientales.

Un segundo factor de internacionalización deriva de lo que se ha denominado la “exportación de (los riesgos de) la contaminación”, fenómeno relacionado con el anterior pero que se distingue netamente del mismo. Lo que se evoca aquí no es el efecto transfronterizo de una contaminación local, sino la exportación a otro país, o a zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional, de las propias fuentes o riesgos de contaminación. Muchas veces esa exportación deriva de la propia naturaleza de las actividades de que se trata, como sucede en el caso de los buques, aeronaves y otros medios de transporte que llevan a bordo mercancías peligrosas, cuyo eventual derrame puede causar daños ambientales a los Estados de la región donde el derrame se produzca. Pero otras veces la exportación de los riesgos de contaminación constituye una práctica más sutil e insidiosa, que es buscada a propósito. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las operaciones de inmersión de desechos en zonas marinas situadas más allá de la jurisdicción nacional, que se ha venido realizando durante muchos años⁶, o en el de los “movimientos trans-

⁴ Trail Smelter Case (U.S.A./CANADA) Award of March 11, 1941. *RIAA*, t. III, p. 1965.

⁵ La importancia de este tipo de contaminación determinó, por ejemplo, la adopción del Convenio de Ginebra de 13 de noviembre de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia.

⁶ Esta práctica, denominada “*dumping at sea*”, fue regulada de un modo considerablemente permisivo por el Convenio de Londres sobre vertidos de 1972, hoy substituido por su Protocolo de 1996 que prohíbe con carácter general la inmersión de desechos en el mar, con algunas excepciones concretas previstas en el Anexo I del propio Protocolo (sistema llamado de “lista inversa”).

fronterizos” de desechos peligrosos a países con mayor tolerancia o necesidad, o simplemente con menores conocimientos, más rudimentaria legislación o menor capacidad de vigilancia y control⁷. En la misma línea puede situarse la práctica consistente en ubicar las propias instalaciones contaminantes o peligrosas en países que se presentan como “paraísos de la contaminación”, exportando así los riesgos inherentes a las instalaciones en cuestión. Las consecuencias trágicas que ello puede llegar a tener en caso de accidente quedaron patentes en el suceso de Bophal (India) en 1984, que se saldó con más de 2.000 muertos por intoxicación de gas⁸.

Con el paso del tiempo se hizo patente que ciertas actividades, que conllevan el uso de sustancias y productos peligrosos, generaban riesgos ambientales susceptibles de afectar distintos sectores del medio ambiente y requerían para su tratamiento la adopción de “normas transversales”⁹. Pero la mayor transformación se ha producido con la progresiva percepción de la existencia de ciertos problemas ambientales que tienen dimensiones globales, tanto por sus orígenes difusos como por sus efectos generalizados. Diversos problemas actuales tienen sus orígenes en fuentes difusas (proceden de todas partes) y despliegan efectos perturbadores sobre el conjunto de ecosistema mundial (afectan a todos los Estados). Tal es el caso, por ejemplo, de la contaminación marina que se produce en todas las zonas geográficas y degrada irremisiblemente al conjunto oceánico o, más claramente, de los procesos de deterioro de la atmósfera (lluvia ácida, disminución de la capa de ozono, cambio climático) que constituyen claros exponentes de la “mundialización de los problemas” ambientales.

Un último factor de internacionalización de los problemas ambientales, menos aparente pero no menos real, deriva del creciente globalismo del sistema económico. En efecto, la desigual regulación a escala nacional de las actividades económicas que afectan al medio ambiente puede tener consecuencias indeseables sobre el buen funcionamiento de los intercambios en el mercado mundial. Las exigencias legislativas de carácter ambiental pueden constituir una desventaja comparativa para las empresas nacionales frente a los productos de otros países cuya legislación ambiental sea menos exigente o simplemente no exista; las restricciones a la

⁷ Estas prácticas generaron una profunda inquietud y una reacción internacional enérgica en respuesta a la cual se adoptó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989.

⁸ Ver T. Scovazzi “Bophal”, en J. Juste Ruiz - T. Scovazzi (Coordinadores). *La práctica internacional en materia de reprobabilidad por accidentes industriales catastróficos*, Valencia (Tirant lo Blanch, 2005, pp. 95-111.

⁹ Cabe poner como ejemplos las reglas relativas a los productos y desechos tóxicos y peligrosos, a las radiaciones y desechos nucleares, a los organismos genéticamente modificados y a las actividades que conllevan riesgos tecnológicos mayores. Ver: A. Kiss - JP. Beurier, *Droit international de l'environnement*, 2ª ed. Paris (Pedone) 2000, p. 317.

importación de productos que se estiman potencialmente perjudiciales para el medio ambiente pueden constituir una barrera comercial encubierta; las ayudas estatales para la modernización ambiental pueden constituir subsidios incompatibles con las exigencias de las reglas que rigen el comercio internacional y constituir una forma de *dumping* ecológico ... En un mundo caracterizado por la interdependencia económica, se hace necesario un mínimo de uniformidad en las legislaciones ambientales nacionales que afectan a los productos que se comercializan en el mercado mundial, para evitar las distorsiones indeseables de los intercambios comerciales internacionales¹⁰.

Por todas estas razones, los Estados han comprendido cada vez con mayor claridad que era necesario cooperar para resolver los problemas crecientes que plantea el medio ambiente a escala mundial y que esta cooperación no podía ser abordada más que mediante una acción concertada de los propios Estados en el plano internacional.

C. Cooperación internacional y factores condicionantes

La acción desarrollada por los Estados para intentar dar respuesta a los problemas ambientales que afectan a la humanidad está condicionada por una serie de factores que inciden inevitablemente en el proceso de cooperación.

El primer factor relevante es la necesaria toma en consideración de los datos que proporciona la ciencia y la técnica, así como la utilización de la tecnología más apropiada para cada situación¹¹. Sin embargo, como es sabido, en el mundo en que vivimos la ciencia y la tecnología están también desigualmente repartidos, de tal modo que en muchas ocasiones son los países más desarrollados los que po-

¹⁰ El profesor Kiss subrayó ya, en su día, que la unificación o, al menos, la armonización de las reglas jurídicas en presencia constituye uno de los objetivos permanentes del Derecho internacional del medio ambiente, por tres motivos esenciales: para unificar el tratamiento legal en los casos de indemnización de las víctimas de la contaminación transfronteriza; para armonizar las legislaciones nacionales en materia ambiental a fin de impedir la producción de grandes distorsiones en los costes de producción y el consiguiente falseamiento de la competencia en el comercio internacional; y para evitar que se favorezca la llamada “exportación de la contaminación”. A. Ch. Kiss, “L'état du droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions”, *JDI* (1981) pp. 509 y sig.

¹¹ La ciencia también nos enseña que las condiciones y procesos ambientales varían de una región a otra del planeta, de modo que las soluciones aplicables con éxito en un área pueden resultar inconvenientes en otra. Por ello, desde una perspectiva puramente ecológica, las pautas universales deben hacerse compatibles con las soluciones regionales, compaginado el globalismo con la regionalización. Así lo establece, por ejemplo, el Tratado de Lisboa en lo que respecta a la política de medio ambiente de la Unión Europea en cuya elaboración se tendrá en cuenta *inter alia* “las condiciones del medio ambiente en las distintas regiones de la Comunidad” (Art. 191, 3 del TFUE).

seen de hecho el monopolio de los conocimientos y el dominio de las tecnologías más avanzadas. Por ello, toda acción eficaz en este marco debe tener en cuenta las exigencias de la cooperación internacional en el plano científico y la necesidad de garantizar, en condiciones equitativas, la transferencia de tecnologías ambientales a los países que no las poseen.

El segundo factor a considerar es el factor económico, es decir, el coste presumible de las medidas a adoptar, que constituye un elemento determinante de la viabilidad real de las mismas. La particular sensibilidad que todos los Estados manifiestan frente a este factor se agrava al tomar en consideración el desigual nivel de desarrollo económico de los diferentes países, divididos por una terrible barrera que separa la creciente opulencia de unos pocos Estados industrializados (los países desarrollados) de la todavía más creciente miseria de muchos de los países del llamado tercer Mundo (los países en desarrollo). En este contexto, toda acción internacional que no tome en cuenta las exigencias derivadas de las disparidades de desarrollo entre los Estados resultará, a la postre, no solamente esencialmente injusta sino también materialmente ineficaz. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, prestó especial atención a los aspectos económicos de los problemas ambientales, proclamando en la Declaración de Río las responsabilidades “comunes pero diferenciadas” de los Estados y asignando a los más desarrollados una responsabilidad primordial.

El último de los factores en presencia, y sin duda no el menos importante, es el factor político. Los Estados, monstruos fríos, se mueven en razón de sus intereses prioritarios de naturaleza política y las actuaciones internacionales en el terreno ambiental son a menudo meros elementos coyunturales en el diseño estratégico global de su diplomacia. Por este camino, las grandes potencias no han tenido en ocasiones excesivo empacho en practicar abiertamente una política de “doble estándar”, en cuya virtud rechazaban en el plano internacional la formulación de principios y reglas que, sin embargo, habían sido establecidos y aplicados desde hace largo tiempo en su propia legislación ambiental interna¹². Con carácter más general hay que observar también que las relaciones de reciprocidad, que constituyen el denominador común de los comportamientos habituales en el marco internacional, y que se caracterizan por el equilibrio de prestaciones contrapuestas en un intercambio *quid pro quo*, tienen sin embargo escaso margen de aplicación en el plano ambiental¹³. El establecimiento de normas internacionales para la

¹² Tal es el caso, por ejemplo, en lo que se refiere al vertimiento marino de desechos radiactivos, prohibido por la legislación americana desde 1970, pero cuya prohibición en el plano internacional ha sido frontalmente combatida por los Estados Unidos hasta el año 1993.

¹³ Por ello, los tratados y acuerdos internacionales, que constituyen el instrumento más común de actuación en el terreno ambiental, ofrecen generalmente una fisonomía más cercana al modelo

protección del medio ambiente no conlleva normalmente la obtención de ventajas recíprocas inmediatas, basadas en la técnica del *do ut des*, sino más bien la aceptación de limitaciones comunes que permitan obtener resultados ambientales deseables a largo plazo. La ausencia de la acción benéfica de la reciprocidad, entraña aquí un cierto peligro de desestabilización ya que, como ha señalado el profesor Kiss, “en una sociedad internacional no institucionalizada la reciprocidad constituye una garantía esencial del respeto a la palabra dada, gracias al automatismo de la sanción que dicha reciprocidad comporta automáticamente”¹⁴. Y es que, en el campo de la protección del medio ambiente, afloran con mayor pujanza las llamadas relaciones de coordinación, basadas en la idea de interés común¹⁵. En este como en otros casos, hay que llevar a cabo un difícil proceso de armonización de intereses cuya realización tomará tiempo y esfuerzo pero que, sin duda, responde a un propósito común. Como ha dicho Orrego Vicuña:

“La preocupación por el medio ambiente constituye un interés en el que coinciden los intereses de los Estados y el interés de la humanidad en su conjunto”¹⁶.

Así se reafirma en el horizonte la idea de un patrimonio ecológico de la humanidad, pertenencia común de los individuos que la conforman en el momento presente y de las generaciones futuras. Pero solo la presión conjunta de la opinión pública internacional y la de las poblaciones locales, especialmente la presión de los votantes en los países democráticos, podrá conseguir movilizar las actuaciones de los Estados en el plano internacional. Así se podrá avanzar hacia el estable-

del “tratado ley”, que establece una reglamentación uniforme, que al del “tratado contrato”, que organiza un intercambio mutuo de prestaciones entre las Partes contratantes.

¹⁴ A.Ch. Kiss, *Droit international de l'environnement*. Paris (Pedone), 1989, p. 19.

¹⁵ Las exigencias de la protección ambiental se apartan efectivamente de la noción particularista de ventaja mutua, para orientarse definitivamente hacia la satisfacción de objetivos que tienen un carácter colectivo. Por encima de los intereses inmediatos de los Estados, que nunca se desvanecen y reflojan en cualquier momento, impera a menudo la idea de interés común, impulsada por un hálito de solidaridad colectiva. Se trata de satisfacer los intereses comunes de los Estados en la protección del patrimonio ecológico mundial, objetivo que se configura a su vez como un interés colectivo de la Comunidad internacional en su conjunto. Ello nos conduce necesariamente, como ha escrito E. Brown Weiss, a una redefinición de la idea de interés nacional en el marco del Derecho internacional ambiental: “The traditional definition of national interest, based on the underlying assumption that one state’s national interest conflicts with that of other states, is increasingly irrelevant. Environmental protection is not a zero-sum game”. “Global Environmental Change and International Law: The Introductory Framework”. E. Brown Weiss (Ed) *Environmental Change and International Law*, Tokyo: United Nations University Press, 1992, p. 14.

¹⁶ F. Orrego Vicuña “State Responsibility, Liability, and Remedial Measures under International Law: New Criteria for Environmental Protection”, en E. Brown Weiss (Ed.) *Environmental Change ... cit.*, p. 158.

cimiento de un nuevo orden ecológico internacional que aparece, cada vez más, como un objetivo tan deseable como necesario.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA: ESTOCOLMO 1972, RÍO DE JANEIRO 1992, JOHANNESBURGO 2002, RIO + 20 2012

La “prehistoria” del Derecho internacional ambiental se inicia a comienzos del siglo XX con una etapa marcada por el utilitarismo ambiental y orientada esencialmente a la protección de aquellos elementos del ecosistema que poseían una utilidad para la producción o presentaban un valor económico por ser objeto de utilización comercial. Ejemplos de esta orientación son el Convenio de París de 19 de marzo de 1902 sobre la protección de las aves útiles a la agricultura, el Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios del Canadá y los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia, y Japón) sobre la protección de las focas para peletería.

En 1930 se inicia una segunda etapa, que podría denominarse la era de la naturaleza virgen, orientada a la protección de los impresionantes espacios naturales y riquezas biológicas de los territorios vírgenes sometidos a la colonización, especialmente en África y en América. En esta etapa se celebró el Convenio de Londres de 8 de noviembre de 1930 para la conservación de la flora y fauna natural en África y el Convenio de Washington de 12 de octubre de 1940 sobre la protección de la flora la fauna y las bellezas panorámicas naturales de los países de América.

Una tercera etapa, que arranca tras la segunda guerra mundial, constituye el inicio de la preocupación ambiental propiamente dicha y se concreta en una serie de instrumentos convencionales para la protección de las aguas dulces y de las aguas marinas. También se celebraron en este periodo otros convenios internacionales que, aunque perseguían un objetivo diferente, presentaban un indiscutible incidencia ambiental (por ejemplo el tratado de Washington sobre la Antártida de 1 de diciembre de 1959 o el tratado de Moscú sobre prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua de 5 de agosto de 1963).

La era ecológica propiamente dicha se inicia al final de la década de los sesenta y es también deudora del fermento filosófico que puso en crisis los valores de la “sociedad de consumo” y que tuvo su capítulo más destacado en la llamada “revolución de mayo” francesa de 1968. En los años siguientes, la alarma lanzada por los científicos generó una unanimidad espontánea que propició el nacimiento de un nuevo pensamiento ecológico o “verde”, al que siguió una movilización ciu-

dadana que alcanzó gran pujanza en algunos países (Estados Unidos, R. F de Alemania). En el plano internacional, las primeras realizaciones vinieron de la mano de los organismos regionales, tales como el Consejo de Europa, que promovió la adopción de una Declaración sobre la lucha contra la contaminación del aire de 8 de marzo 1968, así como de la Carta europea del agua de 6 de mayo 1968. En el continente africano, la Organización de la Unidad Africana (OUA) promovió la adopción de la Convención africana sobre protección de la naturaleza y los recursos naturales de 15 de septiembre de 1968, que substituyó al Convenio homólogo de 1933. Con todo, las principales realizaciones en estos años giraron en torno a la protección del medio marino, amenazado gravemente por una serie de accidentes de contaminación que hicieron saltar la voz de alarma, como el del petrolero panameño *Torrey Canyon*, en el año 1967, frente a las costas británicas. Los países ribereños del Mar del Norte celebraron el 9 de julio de 1969 el Convenio de Bonn para la lucha contra la contaminación de las aguas del mar en caso de accidente por hidrocarburos. Más tarde se adoptaron, en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI), una serie de importantes instrumentos tales como el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil nacida de daños de contaminación por hidrocarburos y el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971 sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. También destaca en este periodo el Convenio de Ramsar de 2 de febrero de 1971 sobre la conservación de las zonas húmedas de importancia internacional o el Convenio de Londres de 1 de junio de 1972 sobre la protección de las focas antárticas.

A. La Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972

Al final de la década de los sesenta, la ONU tomó la iniciativa de promover una gran reunión internacional sobre los problemas ambientales, que fue formalmente convocada por la Asamblea General mediante la Resolución 2398 (XXIII) de 3 de diciembre de 1968. La Conferencia Mundial sobre el Medio Humano fue preparada por un Comité Especial compuesto por representantes de 27 Estados y se celebró en Estocolmo entre el 5 y el 16 de junio de 1972, con asistencia de 113 representaciones estatales, la práctica totalidad de las organizaciones internacionales gubernamentales y más de 400 organizaciones no gubernamentales, además de algunas personalidades invitadas a título individual y más de 1500 periodistas. Esta primera “Cumbre de la Tierra” constituyó un gran éxito para la Organización convocante y sentó las bases de toda la acción desarrollada posteriormente en este ámbito.

Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Estocolmo no poseen una naturaleza convencional sino un carácter meramente declarativo, sin duda porque el momento era más apropiado para el diagnóstico y la adopción de directrices políticas que para la regulación específica por medio de tratados de cuestiones que todavía necesitaban de una cierta maduración. El primero de estos instrumentos es la famosa Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, más conocida como Declaración de Estocolmo de 1972¹⁷. El texto de esta Declaración se compone de un Preámbulo y 26 principios en los que se abordan las principales cuestiones ambientales que afectan al entorno mundial, sentando los criterios aplicables para su tratamiento a escala internacional y nacional. En general, puede afirmarse que el diagnóstico realizado es tan atinado como clarividente, y que el texto de la Declaración todavía hoy resulta admirable por la acertada orientación de la mayoría de sus propuestas, en un terreno tan novedoso como complejo. Los diversos principios que componen el dispositivo de la Declaración se refieren en particular a los fundamentos de la acción a realizar (Principio 1), a los objetivos a lograr (Principios 2 a 7), a la interconexión de los problemas ambientales con otras cuestiones, tales como las disparidades de desarrollo y la efectiva protección de los derechos humanos fundamentales (Principios 8 a 17), a los instrumentos de la política ambiental y, en particular, a la planificación y gestión a escala nacional (Principios 18 a 20) y a la necesaria cooperación internacional en la materia (Principios 21 a 26). La Conferencia de Estocolmo adoptó también un Plan de Acción para el Medio Ambiente, compuesto de 109 Declaraciones¹⁸, relativas a los diversos sectores de actuación, elaboradas en torno a tres ejes fundamentales: evaluación de los problemas, medidas de gestión y medidas de apoyo.

Las directrices establecidas en la Conferencia de Estocolmo de 1972 no resultaron en absoluto letra muerta, como habían vaticinado algunos de los que se quejaron de la falta de carácter jurídicamente obligatorio de los instrumentos adoptados. En el plano institucional, se estableció el Programa de las Naciones sobre el Medio Ambiente (PNUMA), mediante la Resolución 2997 (XXVII) adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1972¹⁹.

El Derecho internacional del medio ambiente conoció también en los años siguientes a la Conferencia de Estocolmo un desarrollo espectacular. En el plano de los instrumentos de naturaleza declarativa pueden destacarse las contribuciones contenidas en la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados de 12 de

¹⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Estocolmo, 16 de junio de 1972. ONU. Doc. A/CONF 48/14, Rev. 1, pp. 2 y ss.

¹⁸ ONU. Doc. A/CONF 48/14, pp. 10-62.

¹⁹ UNGA, Official Records, 26th Session, Supplement n° 30, pp. 43 y ss.

diciembre de 1974²⁰, en los Principios de conducta en el ámbito del medio ambiente en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA el 19 de mayo de 1978²¹ y, sobre todo, en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General el 28 de octubre de 1982²². Los años siguientes a la Conferencia de Estocolmo vieron proliferar una multitud de Convenios especializados cuya regulación fue cubriendo progresivamente los diversos sectores del medio ambiente necesitados de protección, tanto en el marco universal como a escala regional. El acervo normativo internacional se enriqueció así con una serie de convenios relativos a la protección de las aguas dulces, a la lucha contra la contaminación de los mares y océanos, a la conservación de la naturaleza, a combatir la contaminación atmosférica, al control de los desechos ... que ponen de manifiesto la importante contribución que la Conferencia de Estocolmo supuso para la configuración del Derecho internacional del medio ambiente.

B. La Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992

El proceso que culminó con la convocatoria de la Conferencia de Río tiene su punto de partida en el denominado Informe Brundtland, que fue publicado en el año 1987 como resultado de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo²³. A partir de las conclusiones, a veces alarmantes, de este importante informe, se inició un movimiento en pos del llamado “ecodesarrollo”, inspirado en la idea de conciliar el desarrollo económico de los pueblos con la salvaguardia de los valores ambientales. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 22 de diciembre de 1989 la Resolución 44/228²⁴, que puso en marcha el proceso para la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo²⁵ que se celebró finalmente en la

²⁰ AG. Res. 3281 (XXIX), Art. 30.

²¹ UNEP. Governing Council, Decision 6/14, 19 May 1978 and Decision 6/16 of 18 May 1978. *Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more States*.

²² AG. Res. 37/3 de 28 de octubre de 1982. Doc. A/37/51 (1982).

²³ G.H Brundtland et al. *Nuestro futuro común*, Comisión mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1987. La versión inglesa del informe Brundtland ha sido publicada por: World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, London: Oxford University Press, 1987.

²⁴ AG. Res. 44/228 de 22 de diciembre de 1989. Doc. A/44/746/Add. 7.

²⁵ Los trabajos preparatorios de la Conferencia se organizaron en el seno de un Comité preparatorio (PrepCom), que mantuvo cuatro series de reuniones entre 1990 y 1992: la primera en Nairobi, la segunda y tercera en Ginebra y la cuarta y última en Nueva York, donde la mayoría de los temas quedaron definitivamente cerrados. Desde el principio se acordó que las decisio-

ciudad de Río de Janeiro, entre los días 1 y 15 de junio de 1992. Ciento setenta y seis Estados, en muchos casos representados por sus Jefes de Estado o de Gobierno, así como mil doscientas organizaciones gubernamentales (OI) y no gubernamentales (ONG), que participaban a título de observador, se reunieron así en el seno de la mayor conferencia celebrada, hasta esa fecha, en la era de las Naciones Unidas. Además, otras dos mil quinientas agrupaciones ecologistas de todo signo acudieron al denominado Foro Global 2000, cuyas actividades se celebraron paralelamente a las de la Conferencia oficial.

El desarrollo de la Conferencia estuvo marcado por la presencia de tres grupos de Estados con orientaciones e intereses distintos, a saber: los países en desarrollo (PED), preocupados sobre todo por asegurar que la protección del medio ambiente no supusiera un freno a sus posibilidades de desarrollo económico futuro y por un mejor reparto de las riquezas del planeta; los países desarrollados (PD), más volcados hacia la preservación del medio ambiente pero sin olvidar sus dimensiones económicas y comerciales; y los de los países en transición hacia la economía de mercado (PET), cuyo principal objetivo era conseguir un tratamiento particular y más favorable, principalmente en relación con la exención de ciertas contribuciones económicas exigibles a los países desarrollados.

Los instrumentos adoptados como resultado de la Conferencia de Río se caracterizan por su diversidad. En el plano institucional, se creó la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (CDS) formada por 53 Estados elegidos con arreglo a un criterio geográfico y de representación equitativa²⁶, como una comisión orgánica del Consejo Económico y Social de la ONU. La CDS tiene por objeto, principalmente: a) vigilar los progresos que se realicen en la ejecución del Programa 21, así como la integración del desarrollo sostenible en los distintos organismos de las Naciones Unidas; b) examinar las informaciones nacionales presentadas por los Estados miembros a la Organización acerca del estado del medio ambiente; c) presentar por conducto del ECOSOC a la AG las recomendaciones oportunas en relación con la ejecución del Programa 21²⁷.

En el ámbito normativo se adoptaron diversos instrumentos caracterizados por su complementariedad. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que constituye el instrumento central, contiene 27 principios que

nes en el seno del Comité preparatorio fueran adoptadas por consenso, en un esfuerzo por llegar a acuerdos que tuvieran un respaldo general. El Comité preparatorio estuvo presidido por Tommy Koh (Singapur) y se dividió en tres grupos de trabajo que se ocuparon respectivamente de los temas puntuales (WG I), de los problemas sectoriales (WG II) y de los aspectos institucionales y de financiación (WG III).

²⁶ ECOSOL 1993/207. Establecimiento de la Comisión sobre el Desarrollo sostenible. Ver: OR-LANGE, PH., «La Commission de développement durable», *A.F.D.I.*, 1993, p. 823.

²⁷ Ver: AG. Res. 47/91 de 22 de diciembre de 1992, par. 3 a), b), e i).

tratan de establecer los criterios en cuya virtud tendrán que hacerse compatibles las exigencias del desarrollo con las de la protección del medio ambiente. Los convenios sobre cambio climático y sobre la diversidad biológica son sendos tratados internacionales, destinados a regular estos nuevos problemas que amenazan al medio ambiente mundial. La Declaración de principios “no jurídicamente vinculantes” sobre bosques²⁸ contiene 15 principios que establecen la soberanía del Estado sobre sus recursos madereros y el derecho prácticamente ilimitado a comerciar a escala internacional con estos productos, vagamente contrapesado por la evocación genérica del compromiso de proteger las riquezas de los bosques²⁹. El Programa 21 es un extenso documento en el que se contiene un plan de acción para el desarrollo sostenible al encarar el siglo XXI. Aunque el documento no tiene un valor jurídico obligatorio, el Programa 21 constituye un estudio completo y muy bien elaborado, dividido en cuatro secciones en las que se analizan respectivamente; las dimensiones sociales y económicas del problema del medio ambiente y el desarrollo, las guías para la conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, el reforzamiento del papel de los principales grupos involucrados y los medios para asegurar la aplicación del programa establecido. Cada uno de los 40 capítulos en los que está dividido el Programa 21, traza con relativa precisión los objetivos, las actividades y los medios necesarios para llevar a buen fin el desarrollo sostenible en las áreas respectivas de cada uno. Hay que subrayar, además, que tanto el ECOSOC como la propia Asamblea General de la ONU mantienen una vigilancia continua sobre la aplicación del Programa 21.

C. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo 2002

La Asamblea General de la ONU, que había realizado ya en el año 1997 una sesión especial con el objeto de revisar la ejecución del Programa 21³⁰, inició en

²⁸ Su título oficial es: “Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo” (A/CONF 151/26 Vol. III, 14 agosto 1992).

²⁹ La declaración sobre bosques configura así un esquema operativo que da total prioridad a las políticas nacionales de desarrollo sobre las necesarias medidas de protección de las riquezas boscosas, siempre que éstas impliquen restricciones en la explotación y en el comercio. Dada la importancia y la dimensión global del problema, habría que esperar que este tímido texto constituya solamente un paso inicial y que en el futuro se proceda a reexaminar el conjunto del problema de la preservación de los bosques, desde una óptica a la vez proteccionista y solidaria. Hay que reconocer, sin embargo, que en los trabajos de Río no se hizo ninguna referencia explícita a la posibilidad de elaborar en el futuro un convenio sobre esta materia.

³⁰ Convocada por AG. por Res. 51/181 de 20 de enero de 1997. La sesión especial de la AG estuvo precedida de un *Forum* internacional (Río + 5) celebrado en Río de Janeiro del 13 al 19 de marzo de 1997. Para una síntesis de la sesión especial de la AG, que se celebró del 23 al 27 de junio de 1997, ver el informe del SG: A/52/280 de 14 de agosto de 1997.

ese mismo año los preparativos para la celebración de una cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible en el año 2002³¹. La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible se celebró efectivamente en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General 55/199 y 56/226. La cumbre llevó a cabo una serie de actos con la participación de asociados, así como un debate general y diversas mesas redondas, aprobando finalmente una Declaración Política y un Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible³².

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible es una declaración política que reafirma el compromiso en pro del desarrollo sostenible para construir una sociedad mundial humanitaria, equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos. En la declaración se expresa la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental, pilares independientes y sinérgicos del desarrollo sostenible. También se afirma que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de protección y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible. La declaración reconoce que el medio ambiente mundial sigue deteriorándose y afirma estar resuelta a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad. La Declaración afirma que esto se realizará “no solamente mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración.” También expresa la Declaración el compromiso de los participantes de colaborar para ayudarse mutuamente en varios aspectos, tales como tener acceso a recursos financieros, beneficiarse de la apertura de los mercados, promover la creación de capacidad, utilizar la tecnología moderna para lograr el desarrollo y asegurarse de que se fomenten la transferencia de tecnología el mejoramiento de los recursos humanos, la educación y la capacitación a fin de erradicar para siempre el subdesarrollo. La declaración afirma que el multilateralismo es el futuro y debe configurarse como un proceso inclusivo (sic) en el que han de intervenir todos los grandes grupos y gobiernos que han participado en la histórica cumbre de Johannesburgo.

³¹ Ver: A/RES S-19/2 de 19 de septiembre de 1997, Plan para la ulterior ejecución del Programa 21.

³² Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto - 4 de septiembre de 2002. Doc. A/CONF.199/20.

El Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible se centra en diez actuaciones concretas concernientes a los temas siguientes: la erradicación de la pobreza, la modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción, la protección y gestión de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social, el desarrollo sostenible en un mundo en vías de globalización, la salud y el desarrollo sostenible, el desarrollo sostenible de los pequeños Estados insulares en desarrollo, el desarrollo sostenible para África, y otras iniciativas regionales. El último capítulo del Plan de Aplicación se refiere a los medios de ejecución y al marco institucional para el desarrollo sostenible, insistiendo en la necesidad de su fortalecimiento a nivel internacional universal y regional así Como en el plano nacional, esencialmente mediante la participación de los principales grupos interesados.

D. La Cumbre Rio + 20 de 2012

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) se celebró en Río de Janeiro los días 20 al 22 de junio de 2012. El documento final de la conferencia, cuya naturaleza jurídica es enigmática, se titula enfáticamente “El futuro que queremos”³³.

En un ambiente internacional poco propicio, marcado por la crisis económica y la falta de voluntad política de adquirir compromisos jurídicos firmes, las expectativas iniciales quedaron ampliamente frustradas³⁴. Ello fue así, especialmente por lo que se refiere a la adopción de algunos convenios que vinieran a colmar ciertas lagunas existentes en el Derecho internacional ambiental (Convenio sobre la diversidad biológica y genética en zonas marinas más allá de la jurisdicción nacional, Convenio sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo ...). Por otro lado, el cambio climático no fue objeto de mucha

³³ A/CONF.216/L.1, de 19 de junio de 2012. Sobre la Cumbre Rio+20 puede verse el número monográfico de a *Révue Juridique de l'Environnement* (RJE, 4-2012, décembre 2012); también P. Pattberg “The Future We Want Might Not Be the Future We Get”, MEPIELAN e-bulletin, 12 november 2012 (accesible en <http://www.Mepielan.gr>).

³⁴ En el tercer comité preparatorio Prepcom III —el último antes de la conferencia— se llegó a un nivel de consenso muy bajo sobre el contenido del borrador del documento final. Esto hizo peligrar el resultado final de la cumbre. Entonces, el presidente de la oficina por el proceso preparatorio de Río+20, John Ashe, pidió al país huésped, Brasil, que promoviera el consenso entre delegaciones. Brasil lo hizo elaborando un texto con los contenidos simplificados del cual se omitieron todos los párrafos que eran motivo de desacuerdo. La decisión afectó a aspectos clave, como los medios para implementar la economía verde. Este documento rebajado fue el que entró a la conferencia causando una gran decepción entre los participantes y muy especialmente entre los representantes de la sociedad civil, en especial entre los grupos ambientalistas. Estos colectivos denunciaron el uso una terminología poco concreta, como ejemplo de vacuidad semántica y compromiso puramente retórico.

atención en Río+20 y tiene una presencia mínima en el documento final. Sobre el cambio de modelo en producción y consumo sólo se llegó a la conclusión de que es “indispensable”, pero no se ha trazado una hoja de ruta para lograrlo.

Las delegaciones que asistieron a la Cumbre de la Tierra Río+20 renovaron los compromisos pasados y acordaron afrontar nuevos retos, pero no han dado forma definitiva a los instrumentos que deben ayudar a superarlos. Los dos grandes temas de debate, la economía verde y la reforma del marco institucional para el desarrollo sostenible, recibieron un impulso débil. La economía verde es para Naciones Unidas una herramienta fundamental para luchar contra la pobreza y conseguir beneficios ambientales. Pero la Cumbre no logró definir un plan para hacer efectivo este objetivo. El compromiso de iniciar una transición universal hacia una economía verde no ha sido posible por varias razones. Primero, porque existen diferentes visiones en el escenario internacional sobre las implicaciones de este concepto. Algunos grupos se oponen por razones ideológicas, sosteniendo que es una estrategia más del capitalismo para imponer su modelo y que la nueva economía verde constituye una nueva manifestación del dominio del Norte desarrollado sobre el Sur empobrecido. Los países en desarrollo, representados por el G-77, no son contrarios, pero consideran que una transición hacia la economía verde requiere una adaptación a cada contexto y una inyección de recursos económicos (unos treinta mil millones de dólares al año) que, en estos momentos de crisis, los países más ricos no están dispuestos a pagar.

En cuanto al cambio del marco institucional no ha conseguido la creación de una Agencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (ONUMA) se ha acordado reforzar el PNUMA y establecer un Foro de alto nivel para coordinar el desarrollo sostenible que deberá sustituir a la actual Comisión para el Desarrollo Sostenible, pero su forma concreta no fue definida por la Cumbre³⁵.

Otros objetivos que fijaron en la Cumbre de Río + 20 son: detener la pérdida de biodiversidad; mantener y restaurar los niveles de las pesquerías en los océanos; seguir incrementando el acceso de las poblaciones al agua potable; hacer compatible el apoyo a la actividad minera con el impacto ambiental. A pesar de la falta de grandes acuerdos estratégicos, Río +20 ha permitido adoptar una serie de medidas positivas de cara al desarrollo sostenible. Así, los grandes bancos de desarrollo del sistema de Naciones Unidas han acordado invertir 175.000 millones de dólares en transporte sostenible durante la próxima década. Igualmente, se ha producido un elevado número de compromisos voluntarios por parte de diferentes actores (gobiernos, organismos de Naciones Unidas, grupos de la socie-

³⁵ El formato y los aspectos organizativos del Foro político de alto nivel para el desarrollo sostenible ha sido establecido por la Asamblea General de la ONU mediante resolución A/67/L.72 de 27 de junio de 2013.

dad civil) con el objetivo de adoptar medidas concretas en diferentes campos de la sostenibilidad³⁶.

Aunque los resultados de la Cumbre de Río + 20 son generalmente considerados como decepcionantes, cabe pensar que algunas de las disposiciones del texto adoptado permitirán avanzar hacia objetivos más concretos mediante una acción internacional continuada. El Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, dijo en la ceremonia de clausura de Río+20 que “Los discursos han terminado. Ahora empieza el trabajo”, calificando la cumbre de “sólida plataforma sobre la cual se puede construir”. También recordó que el esfuerzo no sólo corresponde a los gobiernos, sino que implica “a las empresas más grandes del mundo, a las organizaciones filantrópicas, y los jóvenes voluntarios que son parte de un creciente movimiento global para el cambio.”

III. MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO: EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La idea del desarrollo sostenible tiene su origen en el campo de la ciencia económica, esfera en la que ha marcado el tránsito hacia la denominada “economía ambiental” (*environmental economics*) que constituye la nueva frontera del pensamiento económico en nuestros días.

En este contexto se considera que el “desarrollo sostenible” persigue el logro de tres objetivos esenciales: un objetivo puramente económico, la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo, un objetivo social y cultural, la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social, y un objetivo ecológico, la preservación de los sistemas físicos y biológicos (recursos naturales *latu sensu*) que sirven de soporte a la vida de los seres humanos. En definitiva se busca integrar las externalidades ambientales en el proceso de decisión económico para hacer posible el concepto de desarrollo sostenible que, según un economista del Banco Mundial, puede definirse como:

“... un enfoque que permitirá una mejoría continuada de la actual calidad de vida, con una menor intensidad en el uso de los recursos, dejando así a las generaciones futuras un volumen mantenido o incluso aumentado de recursos naturales y otros bienes”³⁷.

³⁶ Los analistas F.G. Beinecke y T. Van Noppen afirmaron en un artículo en el New York Times que “Sería equivocado valorar la cumbre como un fracaso”. Los autores sostienen que ha servido para descubrir las limitaciones manifestadas por los poderes políticos y económicos, y para darse cuenta que corresponde a la ciudadanía tomar la iniciativa en el desarrollo sostenible. En este sentido califican la cumbre de “catalizador” y de “punto de partida”.

³⁷ M. Munasinghe, *Environmental Economics and Sustainable Development*. World Bank Environmental Paper, nº 3, 1993, p. 1.

En el ámbito jurídico, la idea de sostenibilidad tiene antecedentes doctrinales e institucionales diversos³⁸, entre los que cabe destacar la Estrategia Mundial de Conservación elaborada por la IUCN en 1980³⁹ y la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982⁴⁰. Pero el origen inmediato del principio del desarrollo sostenible debe situarse en los trabajos que realizó en la década de los ochenta del pasado siglo la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, respondiendo al encargo de la Asamblea General de la ONU de elaborar “un programa global para el cambio”⁴¹. El informe final de esta Comisión, publicado el 20 de marzo de 1987 con el título de “Nuestro Futuro Común” y también conocido como Informe Brundtland⁴², concede un papel central al concepto de desarrollo duradero que define en estos términos:

“El desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

- el concepto de “necesidades” en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debe otorgar prioridad preponderante
- la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

Según explica el propio informe Brundtland, el desarrollo duradero debe ser un proceso solidario, que permita alcanzar niveles mínimos de desarrollo a quienes viven por debajo de las necesidades esenciales humanas y que exija una contención del crecimiento para aquéllos que viven por encima de los medios ecológicamente aceptables. Debe ser también un proceso ilustrado, que sepa sacar el mejor partido ambiental de la evolución tecnológica y que tenga en cuenta que la evolución demográfica debe estar en armonía con el cambiante potencial pro-

³⁸ Entre los precursores del concepto de desarrollo sostenible cabe citar las propuestas formuladas en 1973 por Maurice Strong, primer Director Ejecutivo del PNUMA, sobre el concepto de “eco-desarrollo” (que trataba de integrar elementos de racionalidad ecológica y social para superar el enfrentamiento entre las posturas “eco-centristas” y “tecnocentristas”), el Informe de Dag Hammarskjöld, Secretario General de la ONU, titulado *What Can Be Done* (1975) y el estudio de Meadows *et al.* *The Limits of Growth* (1992).

³⁹ World Wildlife Fund/UNEP/IUCN. *The World Conservation Strategy*, Gland, 1980. La estrategia ha sido revisada y publicada con el título *The Earth: A Strategy for Sustainable Living*, London 1991.

⁴⁰ AG. Res 37/7 de 28 de octubre de 1982.

⁴¹ En 1985 se estableció también un grupo de expertos en derecho ambiental que preparó un informe para la Comisión Brundtland, terminado en 1986. Ver: EXPERTS GROUP ON ENVIRONMENTAL LAW OF THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (1987).

⁴² Por el nombre de su presidenta Gro Harlem Brundtland, primera ministra de Noruega. La versión inglesa del informe Brundtland ha sido publicada por: WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, London (Oxford University Press) 1987.

ductivo del ecosistema. Debe ser, finalmente, un proceso equitativo que garantice a todos la capacidad de acceso a los recursos naturales restringidos y que asegure a las generaciones futuras la disponibilidad de los recursos no renovables y la pervivencia de las especies vegetales y animales⁴³. Como ha explicado el propio informe Brundtland, “(e)n suma, el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la tecnología y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas”

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 proclamó el principio del desarrollo sostenible, consagrado como uno de los objetivos fundamentales de la Declaración de Río. El punto de partida de la Declaración es que el “desarrollo sostenible” está orientado a garantizar a los seres humanos el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (Principio 1). En su virtud, se afirma también que la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (Principio 4), que los países desarrollados reconocen la responsabilidad (primordial) que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible (Principio 7), que los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (Principio 8) y que los Estados deberían cooperar aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas o innovadoras (Principio 9). La Declaración de Río postula también la promoción de un sistema económico y comercial internacional abierto, como uno de los elementos para lograr el desarrollo sostenible (principio 12). Desde la Declaración de Río de 1992, el paradigma del desarrollo sostenible se ha convertido en el hilo conductor de la acción internacional en la materia. Las sucesivas Cumbres sobre el desarrollo sostenible convocadas por las Naciones Unidas han perfilado los rasgos de este concepto que presenta hoy una fisonomía tridimensional, asentada a la vez en un pilar económico, un pilar ecológico y un pilar social, cuyas exigencias mutuas deben ser armonizados para la consecución del objetivo global que se persigue⁴⁴.

⁴³ El PNUMA ha añadido que el desarrollo sostenible requiere: “The maintenance, rational use and enhancement of the natural resource base that underpins ecological resilience and economic growth (and) implies progress towards international equity”. UNEP Governing Council Decision 15/2, May 1989.

⁴⁴ La Declaración de Johannesburgo de 2002 sobre el desarrollo sostenible, afirmó que “el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental son pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”. La Declaración de Johannesburgo añade que “hay que responder de una manera positiva a la necesidad de formular un plan práctico y concreto que permita erradicar la pobreza y promover el desarrollo humano” y reconoce que “la erradica-

El nuevo paradigma del desarrollo sostenible ha puesto fin a varios mitos que habían enturbiado la comprensión de los verdaderos límites que impone la preservación del ecosistema planetario para las generaciones presentes y futuras. El primero es el mito de la inagotabilidad de los recursos naturales, tanto no renovables (minerales) como renovables (biológicos). El segundo es el mito de la capacidad de resistencia o capacidad asimilativa ilimitada del medio frente a los impactos producidos por las actividades humanas. Y el tercero es el mito de la capacidad regenerativa del propio medio ambiente, que le permitiría recuperarse de cualesquiera daños causados al mismo. Ninguno de estos tres postulados tiene hoy vigencia en el campo científico, ni es compatible con el principio de sostenibilidad que constituye el nuevo paradigma de la gobernanza económica, social y ambiental. El principio del desarrollo sostenible presenta también un carácter revolucionario, al introducir corolarios innovadores tales como la necesidad de contemplar límites al crecimiento, erradicando las pautas de producción y consumo insostenibles, la exigencia de promover el desarrollo humano, la participación del público y la toma en consideración de las necesidades de las generaciones futuras y el concepto de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados.

El objetivo del desarrollo sostenible está llamado así a convertirse en el criterio principal para la orientación de las políticas y acciones de los Estados a escala universal, regional y local y para el logro de un desarrollo compatible con la preservación del medio ambiente⁴⁵. La mayoría de los autores subrayan todavía hoy que no se trata de un principio propiamente normativo, capaz de expresar

ción de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible.” Ver: Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002, Doc. A/CONF.199/20, Capítulo I, Resolución 1^a. Declaración política. Anexo. Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible, par. 5, 7, 8 y 11.

⁴⁵ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, el Tratado de la Unión Europea (TUE) señala que “la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa” basado *inter alia* “en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (Art. 3, 3). El compromiso de la UE con el principio de desarrollo sostenible posee una larga historia: el (quinto) programa de acción, adoptado por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 1 de febrero de 1993, se denominó precisamente “Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible”. El sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, que abarca un periodo de diez años a partir del 22 de julio de 2002, también está estructurado en torno al principio del desarrollo sostenible (Decisión N° 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de julio de 2002 por el que se establece el sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente. DOCE L/242, 10, 09, 2002, pp. 1-15.). Pero conviene subrayar que la interdependencia de las economías en un mundo cada vez más unificado y la interacción de los factores ambientales a escala planetaria, hacen cada día más impensable un desarrollo sostenible que no posea una dimensión verdaderamente mundial.

por sí mismo una regla específica, sino más bien de un criterio o guía para la acción en la materia⁴⁶. Sin embargo, no faltan los autores que asignan al principio del desarrollo sostenible un verdadero alcance normativo, considerándolo como expresivo de una regla jurídica consolidada en el Derecho internacional general o consuetudinario⁴⁷.

Paso a paso, el objetivo del desarrollo sostenible va adquiriendo una implantación progresiva como un nuevo principio del Derecho internacional⁴⁸ que está llamado a provocar cambios particularmente significativos en el sector ambiental. Como ha escrito G. Handl:

“El desarrollo sostenible es una noción en torno a la cual han comenzado a cristalizar expectativas relativas a la conducta ambiental que son jurídicamente significativas”⁴⁹.

⁴⁶ Ver: J. Juste Ruiz, “The Implications of the Principle of Sustainable Development in International Law”, en *The Diversity of International Law, Essays in Honour of Profesor Kalliopi K. Koufa*. Edited by Aristote Constantinides 6 Nikos Zaikos. Leiden-Boston (Martinus Nijhoff Publishers), 2009, pp. 639-664.

⁴⁷ El propio Juez Weeramantry, en su opinión disidente en el asunto Gabcíkovo-Nagymaros, sostuvo claramente el carácter normativo del principio del desarrollo sostenible: “The Court has referred to it as a concept in paragraph 140 of its Judgment. However, I consider it to be more than a mere concept but as a principle with normative value ... The principle of sustainable development is thus a part of modern international law by reason not only of its inescapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community... Happily for international law, there are plentiful indications, as recited earlier in this opinion, of that degree of “general recognition among states of a certain practice as obligatory” [J. Brierly, *The Law of Nations*, supra, p. 61] to give the principle of sustainable development the nature of customary law.” ICJ Reports 1997, p. 104.

⁴⁸ N. Singh. “Right to Environment and Sustainable Development as a Principle of International Law”, *Studia Diplomatica*, 1988, n° 1, pp. 45-61.

⁴⁹ G. Handl. “Environmental Security and Global Change”. 1 *Yearbook of International Environmental Law*, p. 25.

Capítulo 2

EL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

I. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL, REGIONAL Y NACIONAL

Las consideraciones realizadas en el capítulo precedente muestran que los problemas ambientales son complejos y poseen dimensiones múltiples, por lo que requieren para su solución acciones eficaces en distintos planos: científico, económico, político y jurídico. Al final del camino, como en el resto de las situaciones que afectan a la vida social, el Derecho aparece como el principal medio de acción a disposición de los gobernantes para traducir las decisiones políticas en reglas aplicables en un ámbito determinado.

Por lo que se refiere a la acción para la protección del medio ambiente, las actuaciones de los gobiernos pueden situarse hipotéticamente en tres marcos jurídicos distintos: el Derecho internacional, los sistemas regionales de integración y el Derecho nacional de cada Estado. En este punto, conviene deshacer un equívoco relativamente común que consiste en asignar el papel principal para la acción en materia ambiental al Derecho interno estatal. En realidad, aunque los tres marcos jurídicos deben coordinarse lo mejor posible para lograr los objetivos perseguidos, la interacción entre los ordenamientos jurídicos en presencia se produce en un orden descendente (Derecho internacional, sistema de integración regional y Derechos nacionales) y no en el orden inverso. Debe aceptarse, por lo tanto, que las normas ambientales establecidas en el marco del Derecho internacional general poseen una precedencia histórica, lógica y jerárquica sobre las normas ambientales establecidas a escala regional, y estas a su vez sobre las normas establecidas por cada Estado en su propio ordenamiento nacional.

La precedencia de las normas ambientales internacionales en términos históricos está suficientemente establecida y se deduce con claridad de la secuencia de los acontecimientos cuyos hitos se han descrito en el capítulo anterior. Con escasas excepciones, que no invalidan la regla general, cabe decir que todo el edificio del Derecho ambiental se ha elaborado poniendo los primeros cimientos en el marco internacional y pasando de allí a los niveles regionales y nacionales. Esto no solamente es cierto con respecto al pasado sino que la misma secuencia subsiste en el momento presente, ya que generalmente las actuaciones internacionales para la protección del medio ambiente en sus distintos sectores siguen todavía hoy precediendo y abriendo el camino a la acción jurídica regional y estatal.

Esto no sucede así por casualidad, sino por una clara razón lógica: las cuestiones ambientales son esencialmente internacionales; los problemas que plantean poseen generalmente dimensiones transfronterizas e incluso, cada vez más, globales; además, resulta cada vez más incuestionable que las soluciones puramente locales resultan claramente inviables e ineficaces. Por otro lado, los Estados son reacios a establecer medidas ambientales en el plano nacional sin asegurarse previamente de que los demás Estados aplicarán medidas similares, para evitar que las exigencias ambientales produzcan desventajas comparativas en el comercio mundial. Es, por lo tanto, el carácter esencialmente internacional de los problemas ambientales el que ha llevado a los Estados, que son a la vez los gestores del Derecho internacional, de los organismos de cooperación regional y del Derecho nacional, a preferir la acción internacional para establecer la regulación básica en la materia. Siguiendo un esquema operativo lógico, han comenzado por establecer un mínimo de reglas comunes para la protección del medio ambiente a escala internacional, que luego han sido desarrolladas en los regímenes de cooperación establecidos en las distintas regiones, para pasar finalmente a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales donde reciben plena aplicación y cumplimiento. Lo universal, el Derecho internacional, debe preceder lógicamente a los sistemas de integración regional, que a su vez preceden la acción individualizada de los Estados en sus ordenamientos nacionales.

Esta precedencia histórica y lógica tiene también un corolario jerárquico. El Derecho internacional ambiental, llamado a sentar las bases de la acción normativa en la materia, establece reglas mínimas que no pueden ser válidamente derogadas por los sistemas de integración regional. A éstos compete desarrollar las normas universales para adaptarlas a la situación específica en su región, pudiendo adoptar normas más protectoras pero sin derogar las reglas mínimas establecidas a nivel mundial. Los Estados pueden igualmente adaptar las normas universales y regionales a su propia situación ambiental en el marco del Derecho estatal, pudiendo igualmente establecer normas más protectoras pero no derogar las reglas mínimas regionales y mundiales. La pirámide estructural del Derechos ambiental, si se nos permite tomar prestada la imagen Kelseniana, se construye poniendo en la cúspide el Derecho internacional y situando por debajo del mismo sus elementos de sustentación y desarrollo regionales y estatales.

Todo lo anterior no implica una minimización del papel importantísimo que corresponde a los sistemas regionales de integración y, sobre todo, a los ordenamientos internos de los Estados en la acción normativa para la protección del medio ambiente. En el marco del esquema estructural descrito, el Derecho ambiental nacional juega un papel determinante no solamente porque constituye la correa de transmisión necesaria para la aplicación de las normas internacionales y regionales sino porque es el sistema que presenta mejores condiciones para imponer una acción ambiental efectiva. En la práctica, las normas ambientales internacionales y

regionales solo alcanzan su pleno efecto al ser aplicadas y desarrolladas por los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Al examinar las cuestiones relativas a la acción jurídica en el terreno ambiental, es claro que el Derecho nacional resulta el referente más inmediato, más directo y mejor adaptado a la situación de cada país. Pero saber que el Derecho ambiental nacional es solamente la punta de un iceberg normativo que se sustenta en normas internacionales y regionales subyacentes no solamente es una realidad científica sino que puede constituir una ayuda inestimable para mejor valorar, interpretar y aplicar la legislación de cada país.

II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El Derecho internacional del medio ambiente es la rama más reciente del ordenamiento jurídico internacional y aglutina una normativa cada día más amplia, diversificada y compleja, que ha adquirido definitivamente carta de naturaleza en éste ordenamiento. En cuanto sector especializado, el Derecho internacional ambiental comparte con el Derecho internacional general sus principales elementos estructurales. Sin embargo, en razón de la peculiaridad del objeto del que se ocupa (el medio ambiente), el Derecho internacional ambiental presenta unas características particulares que confieren al conjunto una fisonomía jurídica peculiar marcada por varios rasgos destacados: funcionalidad, multidimensionalidad, amplia presencia de las normas de *soft law* y protección de intereses generales¹.

A. Funcionalidad

El Derecho internacional del medio ambiente destaca, en primer lugar, por su naturaleza marcadamente funcional. Se trata, en efecto, de un *corpus* jurídico nacido para satisfacer un objetivo perentorio de la comunidad internacional, consistente en lograr que el desarrollo de las actividades humanas y la explotación de los recursos naturales del planeta se lleve a cabo en un contexto de respeto al medio humano y preservación del equilibrio ecológico.

Esta constante gravitación del elemento funcional condiciona profundamente la naturaleza misma del Derecho de que se trata, que se configura como un derecho tuitivo, orientado a proteger el bien jurídico que constituye su objeto propio,

¹ J. Juste Ruiz. "La estructura normativa del Derecho internacional ambiental: normas recomendatorias, normas obligatorias y normas imperativas", H. I. Llanos Madrones - E. Picand Albóncio (Eds.) *Estudios de Derecho Internacional. Libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*, Thomson Reuters, 2011, Tomo II, pp. 1037-1064.

con una orientación eminentemente preventiva. El carácter preventivo del Derecho ambiental internacional ha sido subrayado unánimemente por la doctrina y confirmado por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que, en la sentencia relativa al asunto Gabcíkovo-Nagymaros, ha afirmado:

“El Tribunal no pierde de vista que, en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daños”².

Partiendo de esta orientación, el Derecho internacional ambiental tiene un carácter eminentemente “administrativo” ya que su objetivo esencial es establecer mecanismos de reglamentación, administración y gestión (*management*) de los recursos ambientales conforme a pautas jurídicas ecológicamente aceptables. Las nociones de planificación y programación, con un enfoque integrado, adquieren así en el Derecho internacional del medio ambiente una importancia muy destacada, tal como se reflejara ya en la Declaración de Estocolmo de 1972, cuyo Principio 13 afirmó que:

“A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población”.

B. Multidimensionalidad

La multidimensionalidad del Derecho internacional del medio ambiente resulta de la propia realidad indivisible del fenómeno del que se ocupa, el entorno global o medio humano, que constituye un ámbito multifacético en el que confluyen valores, elementos e intereses de signo diferente.

En primer lugar, el Derecho internacional ambiental responde a exigencias de signo político y ético, que le dotan de una marcada dimensión axiológica. Las preocupaciones “ecologistas”, sustentadas en motivaciones que amalgaman sentimientos estéticos junto a preocupaciones de justicia y de solidaridad, han abierto el camino a la consideración de los valores relativos a la protección de los derechos humanos y, en particular, el derecho a la vida y a la salud³. Estos elementos embrionarios han dado paso a un emergente derecho humano al medio ambiente, que se afirma cada

² CIJ. Affaire relative au projet Gabcíkovo-Nagymaros (Hongrie/Eslovaquie), Arrêt du 25 septembre 1997, par. 140.

³ ADI Colloque, 1978. *Le droit à la santé en tant que droit de l'homme*. (especialmente, P.M. Dupuy, “Le droit à la santé et la protection de l'environnement”, pp. 340-412.

día con más contundencia⁴. El Principio 1 de la Declaración de Estocolmo⁵ proclamó ya este derecho que ha sido recogido en el Principio 1 de la Declaración de Río:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Por otro lado, el Derecho internacional del medio ambiente es particularmente dependiente de las exigencias de la economía, que condicionan poderosamente la voluntad política de los Estados. Junto a la inevitable consideración de los costes que generan las medidas ambientales para los Estados hay que atender aquí a las necesidades de un reparto equitativo (y viable) de las cargas económicas en un medio dominado por las disparidades de desarrollo entre países ricos y países pobres⁶. La necesidad de establecer reglas equitativas, que tengan en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo, inspiró ampliamente los principios adoptados por la Conferencia de Estocolmo sobre el medio humano y ha sido objeto de una reformulación en la Declaración de Río que proclama la existencia de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” y el reconocimiento por parte de los Estados desarrollados del carácter primordial de la “la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible” (Principio 7). Asimismo, las relaciones económicas internacionales aparecen cada día más afectadas por consideraciones ambientales, sobre todo en lo que respecta a la esfera del comercio internacional. Así, el Principio 12 de la Declaración de Río afirma que:

“Los Estados deberían cooperar para promover un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial para fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional”.

El Derecho internacional del medio ambiente es también especialmente tributario del juego de elementos de carácter científico y tecnológico. En efecto, la

⁴ Sobre la creciente interconexión entre los derechos humanos y los problemas ambientales, ver: Gormley, *Human Rights and Environment: the Need for International Cooperation*, Leyden, 1976. E. Brown Weiss, “Global Environmental Change and International Law: the Introductory Framework”, *Environmental Change and International Law*. Tokyo: United Nations University Press, 1992, p. 19. P. Kromarek. (directrice de publication) *Environnement et droits de l'homme*, Paris: UNESCO, 1987.

⁵ Declaración de Estocolmo. Principio 1: “El hombre tiene el derecho fundamental a ... un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras...”

⁶ I. Seidl Hohenveltern, “The Third World and the Protection of the Environment”, *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. 1, Madrid: Tecnos, 1980, pp. 851 y sigs.

misma ciencia y tecnología que ha propiciado un desarrollo sin precedentes de la humanidad, dejando una secuela de grave deterioro para el entorno, debe proporcionar los medios técnicos que hagan posible continuar esa evolución histórica, poniendo freno a la progresiva degradación del medio humano y contribuyendo en la medida de lo posible a su restauración. La normativa ambiental trata así de hermanar la Ciencia y el Derecho para el mejor servicio a la humanidad, situándose con ello, de lleno, en lo que parece constituir la “nueva frontera” del Derecho internacional de nuestros días⁷.

El Derecho internacional del medio ambiente presenta así una marcada dimensión pluridisciplinar, ya que incorpora numerosos elementos extrajurídicos (políticos, económicos y científicos), cuyo análisis resulta imprescindible para una cabal comprensión de sus normas. Y por otra parte, porque en él confluyen, a veces de modo indisoluble, elementos de Derecho internacional público y elementos de Derecho internacional privado⁸ así como aspectos de Derecho nacional que no pueden ser soslayados.

C. Participación de actores no estatales

Como en los demás sectores de este ordenamiento, los sujetos principales del Derecho internacional ambiental son los Estados y las Organizaciones internacionales de carácter gubernamental. Sin embargo, una de las características más destacadas del Derecho internacional ambiental es la apertura a la participación de actores no estatales, que juegan un papel relevante en los procesos de creación y aplicación de las normas. Estos actores no estatales actúan en representación de los individuos, cuyo derecho al medio ambiente constituye una premisa incontrovertida, reconocida en la Declaración de Estocolmo de 1972 y reiterada en la Declaración de río de 1992:

Principio 1

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza

Los actores no estatales son, por lo tanto, representantes de la sociedad civil que defienden los intereses colectivos que están en juego en el *ámbito* ambiental

⁷ A.E. Gotlieb. “The Impact of Technology on the Development of Contemporary International Law”, 170 *RCADI* (1981-I), pp. 115-530; espec. pp. 213-219; G. E. Nascimento e Silva “Influencia da ciencia e da tecnologia sobre as fontes do direito internacional”. Anteproyecto de Ponencia, IHLADI, XII Congreso, Caracas, 1979.

⁸ El Derecho internacional del medio ambiente presenta así una dimensión “transnacional” en el sentido que diera a esta expresión Ph. Jessup. *Transnational Law*, New Haven (Yale University Press) 1956, p. 2.

internacional. Generalmente toman la forma de organizaciones no gubernamentales (ONG) creadas conforme al Derecho interno de un Estado para representar en los foros internacionales los intereses de los sectores ecologistas y de los sectores económicos e industriales. Entre las organizaciones no gubernamentales de carácter ambientalista son particularmente conocidas en el plano internacional, la Unión internacional para la conservación de la naturaleza (IUCN), el Fondo mundial para la protección de la naturaleza (WWF), o *Greenpeace international*. Aunque generalmente pasen más desapercibidas, también es notable en los foros internacionales la presencia de organizaciones no gubernamentales creadas por las grandes empresas del sector energético, marítimo, químico etc., para hacer presentes sus intereses económicos y corporativos.

Las organizaciones no gubernamentales participan ampliamente en los trabajos de los distintos organismos y convenios internacionales para la protección del medio ambiente, con la condición de observadores con voz pero sin voto. Pese a lo que pudiera parecer a primera vista, la carencia del derecho de voto no constituye un *handicap* importante en la tarea que realizan estas organizaciones. Su influencia deriva principalmente de su capacidad para presentar informes científicos y técnicos de calidad, para denunciar las actuaciones cuestionables de los Estados, para intervenir en los debates y en las negociaciones durante las reuniones de las Partes y para influir en la toma de posición de los Estados para que apoyen las causas que ellas defienden. Es, pues, la calidad del trabajo que realizan las ONG la que determina su influencia en los resultados colectivos, que generalmente es muy elevada. Una razón adicional que puede explicar esta situación es que, en los foros internacionales en el sector ambiental, la regla general en materia de adopción de decisiones es el procedimiento del “consenso”. En los órganos de aplicación de los convenios ambientales, el recurso a una votación formal sólo se produce de un modo muy excepcional, por lo que tener o no derecho de voto resulta en la práctica poco relevante.

D. Importancia del “soft law”

El carácter eminentemente funcional del Derecho internacional del medio ambiente contribuye a dar a sus normas una contextura flexible, configurando un universo jurídico particularmente fluido⁹ que presenta a menudo los perfiles característicos de lo que ha dado en denominarse *soft law*¹⁰.

⁹ Este fenómeno, aquí acentuado, no es sin embargo ajeno al Derecho en general y al Derecho internacional en particular: Cf J. Carbonnier. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. París (L.G.D.J.) 1979. P. Weil, “Vers une normativité relative en Droit international”, *RGDIP*, 1982-I, pp. 5-47

¹⁰ El fenómeno del *soft law* constituye una de las modalidades del proceso normativo internacional que se ha consolidado progresivamente, sobre todo en algunos sectores particulares como

El carácter “soft” del Derecho internacional del medio ambiente se manifiesta así en una primera dimensión, 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. Es el caso, por ejemplo, de las normas contenidas en convenios de codificación que no han entrado todavía en vigor o de las normas consuetudinarias cuyo proceso de formación no ha alcanzado un estadio final de cristalización. La contextura “blanda” del Derecho internacional del medio ambiente se muestra también, en una segunda acepción, en los muy numerosos casos en los que las normas que lo integran aparecen formuladas en *instrumentos* que no poseen *per se* fuerza jurídica vinculante, tales como, Resoluciones, Declaraciones, Planes de Acción, Programas, Estrategias, Códigos de conducta, Informes de Grupos de Expertos ...¹¹ Efectivamente, en la práctica internacional, las normas ambientales aparecen en numerosas ocasiones a través de procedimientos informales y se formulan en instrumentos jurídicos de carácter declarativo, configurando un derecho “programático” donde las reglas ya consolidadas no se distinguen con claridad de los principios en formación, pero donde unos y otros actúan a modo de “vasos comunicantes”¹². Por último, con independencia de la naturaleza formal del instrumento en el que las disposiciones ambientales se encuentran formuladas, no es raro que su contenido normativo sea también blando y presente una intensidad atenuada, expresada en compromisos mitigados, susceptibles de modulación a voluntad. Así, numerosos convenios (sobre todo multilaterales) existentes en la materia, se nutren de compromisos prospectivos, de obligaciones de comportamiento, de directrices genéricas, de reglas *not self-executing* y presentan generalmente numerosas cláusulas escapatorias y fórmulas aligeradas para su revisión y enmienda¹³, que les dan una contextura más dúctil o “blanda”. Y es que las normas del Derecho internacional del medio ambiente se acomodan mejor a la tenue presión de las obligaciones de comportamiento, que al estricto rigor de las obligaciones de resultado. Proliferan así los deberes de informar, de consultar, de controlar, de vigilar, de negociar ... con preferencia a las obligaciones taxativas de hacer o no hacer.

Numerosas razones sociológicas, políticas y jurídicas explican la aparición, la consolidación y el desarrollo creciente de las normas de *soft law* en el Derecho internacional ambiental. Cabe citar entre ellas el impacto de los métodos normativos empleados por los organismos internacionales (consistentes principalmente

el del Derecho internacional del medio ambiente. Ver: P.M. Dupuy, “Soft Law and the International Law of the Environment”, 12 *Michigan Journal of International Law* (1991, n° 2), pp. 420-435.

¹¹ P.M. Dupuy, “Soft Law ...” *cit.*, p. 428.

¹² A. Ch. Kiss, “L’état du droit de l’environnement en 1981: problèmes et solutions”, *JDI* (1981) p. 527.

¹³ *Ibid.*, p. 529.

en resoluciones y recomendaciones sin carácter jurídico obligatorio), las divergencias de intereses entre los países desarrollados y los países en desarrollo (que lleva a ambos al rechazo de reglas demasiado rigurosas o rígidas) y la incesante y rápida evolución de la situación a impulso del constante desarrollo de la ciencia y la tecnología (que aconseja adoptar normas flexibles, susceptibles de acomodarse a los cambios a medida que se van produciendo).

Además, las normas de *soft law* cumplen una función importante en el campo del Derecho internacional ambiental, cuya significación no debería ser minimizada. En efecto, las formulaciones contenidas en instrumentos declarativos, tales como resoluciones de organismos y conferencias internacionales, son ampliamente seguidas por los Estados y su vigencia se refuerza por efecto de los procesos de reiteración y referencia constantes hasta dar paso eventualmente a la emergencia de una verdadera regla consuetudinaria¹⁴. La acumulación de formulaciones declarativas, realizadas por instituciones e instancias internacionales, produce así un efecto catalizador que puede dar origen a nuevas reglas consuetudinarias internacionales relativas a la protección del medio ambiente.

Las normas de *soft law* generan a menudo una suerte de “efecto de contagio”, que las lleva a convertirse con el tiempo en “normas de derecho” sin más. En opinión del profesor P.M. Dupuy, éste es el origen de numerosas reglas aplicadas y reconocidas ya como obligatorias en el Derecho internacional del medio ambiente, tales como, el deber de información y consulta previa respecto de las actividades que pueden causar un impacto ambiental transfronterizo, la obligación de realizar en ciertos casos una evaluación de impacto ambiental, el deber de permitir el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales a todas las personas afectadas por daños ambientales, sin discriminación entre nacionales y extranjeros, la consideración de la atmósfera de la Tierra como una parte del “patrimonio común de la humanidad” ...¹⁵ En resumen, como ha escrito el mismo autor:

“En todo caso, en una visión impresionista, es evidente que una parte substancial del derecho “soft” de hoy describe parte del derecho “hard” del mañana”¹⁶.

¹⁴ Esta posibilidad de interacción resolución/costumbre ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional en diversos contextos, siendo particularmente extensivas las afirmaciones realizadas por la CIJ en su sentencia relativa a las actividades militares y paramilitares de los Estados Unidos en Nicaragua y contra Nicaragua de 1986, donde proclamó que “(t)he effect of consent to the text of (certain) resolutions ... may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolution by themselves”. ICJ. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua. (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgement of 27 June 1986, ICJ. *Recueil* 1986, par. 188.

¹⁵ P.M. Dupuy. “Soft Law ...” *cit.*, pp. 425-427.

¹⁶ *Ibid.*, p. 433.

E. Emergencia del *hard law*

Las normas internacionales sobre el medio ambiente se ordenan a la satisfacción de intereses generales de la Comunidad internacional en su conjunto, que se perciben como valores esenciales compartidos por todos los Estados. Haciéndose eco de ello, González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santamaría afirman que:

“En definitiva, la protección internacional del medio ambiente ha pasado desde el punto de vista normativo de las normas bilaterales y multilaterales restringidas a las normas de carácter general, e incluso, en supuestos excepcionales, a las normas de *ius cogens*, desde el punto de vista de la responsabilidad por daño de Estado a Estado a la responsabilidad por riesgo, así como a la responsabilidad *erga omnes* en los casos de crimen internacional”¹⁷.

Aunque en la práctica el tránsito anunciado por éstos autores no se haya completado plenamente en todos sus elementos¹⁸, existe un consenso general en que la preservación del medio ambiente responde al interés general de la humanidad y que los Estados tienen la responsabilidad de proteger ese patrimonio ecológico para las generaciones presentes y futuras¹⁹.

1. Fundamento teórico

Las manifestaciones más conspicuas de los intereses generales en juego han aparecido sobre todo en relación con la necesaria protección de los espacios co-

¹⁷ J.D. González Campos et al., *Derecho internacional público*. Madrid (Thomson-Civitas), 4ª ed. Revisada, 2008, pp. 930-931.

¹⁸ En particular, la jurisprudencia de la CIJ se ha mostrado bastante timorata en lo que respecta al reconocimiento del carácter de *ius cogens* a las normas fundamentales del Derecho internacional ambiental. En su opinión consultiva de 1996 sobre la licitud del empleo de armas nucleares, la CIJ subrayó que las normas relativas a la protección del medio ambiente poseían “importancia esencial” y que eran “intransgresibles”, pero no entró a considerar si las normas ambientales formaban parte del *ius cogens* internacional, alegando que esta cuestión no le había sido planteada en la solicitud de opinión consultiva (CIJ, *Recueil* 1996, par. 29; par. 79, 83). Asimismo, en su sentencia de 1997 relativa al asunto del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la Corte reconoció que la cuestión debatida afectaba a un “interés esencial” de Hungría, señalando que la CDI había afirmado que la salvaguardia del equilibrio ecológico constituía un “interés esencial de todos los Estados” y recordó que la propia Corte había subrayado recientemente la importancia que el respeto del medio ambiente presenta no solamente para los Estados sino “para toda la humanidad”, pero evitó pronunciarse sobre el carácter de *ius cogens* de las nuevas normas del Derecho ambiental relevantes para el caso. (CIJ, *Recueil* 1997, par. 53; par. 112).

¹⁹ Ver: J. Juste Ruiz, “La protección del interés público global en materia de medio ambiente”, en A. Rodrigo Hernández - Caterina García Segura (Editores). *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas ordinarias de la asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Barcelona, 2013, en prensa.

munes del planeta, que constituyen el patrimonio ecológico colectivo de los Estados. En efecto, los impactos sobre los espacios situados fuera de la jurisdicción nacional, que por definición carecen de dueño singular, ponen en causa intereses colectivos de la Comunidad de Estados en su conjunto, cuya protección requiere normas más tajantes e imperativas. De este modo, la flexibilidad que las normas ambientales pueden mostrar en la tutela de los intereses estatales individuales debe trastocarse en rigor y severidad cuando se trata de proteger los intereses ecológicos colectivos. El fundamento de esta idea entronca con la noción de “patrimonio común de la humanidad” cuya protección interesa a todos los seres humanos, como reconocen expresamente diversos convenios ambientales²⁰. La idea de interés colectivo se aplica así, en primer lugar, con respecto a la protección de los denominados *global commons*, es decir, a aquellos espacios del planeta insusceptibles de apropiación o soberanía (tales como el alta mar, los fondos marinos y oceánicos, el espacio ultraterrestre, o la Antártida ...) a los que la ausencia de un titular singularizado priva de una protección similar a la que el Estado garantiza en los espacios sometidos a su soberanía o jurisdicción, colocándolos en una situación de particular indefensión²¹.

El mismo criterio resulta aplicable también a otros elementos de la biosfera que tienen la condición de “recursos naturales compartidos” y cuya protección requiere una acción concertada para la salvaguardia de intereses comunes. Entre estos recursos compartidos cabría citar los ríos y lagos internacionales, los acuíferos pertenecientes a varios Estados, las especies migratorias etc. Cabe preguntarse, por último, si las normas protectoras de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, alcanzan también a ese patrimonio ecológico *par affectation*²², que los Estados poseen bajo su propia jurisdicción, pero que forma parte indisoluble del medio ambiente o biosfera común y posee un valor fundamental para la preservación del ecosistema mundial, como es el caso de las grandes masas forestales del planeta (Amazonia). La respuesta a esta cuestión no puede darse de un modo rotundo y definitivo²³ aunque el principio

²⁰ Cabe citar a este respecto: el Convenio de la UNESCO de 1972 sobre la protección del patrimonio mundial, natural y cultural (preámbulo), el Convenio de Bonn de 1979 sobre la conservación de especies migratorias (preámbulo), el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992 (preámbulo) y el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 (Art. 3, 1). KISS, A. - BEURIER, JP. *op. cit.*, p. 23.

²¹ Conviene recordar, en este sentido que la CIJ, en su dictamen de 1996 relativo a la licitud de las pruebas nucleares, afirmó que “la obligación general de los Estado de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción y control respetan el medio ambiente ... de áreas más allá de la jurisdicción nacional forma ya parte del corpus del Derecho internacional ambiental”. CIJ, 1996, par. 29.

²² A. Ch. Kiss. “L'état ... *cit.*”, p. 507; pp. 506 508.

²³ Ver: E. Brown Weiss. “Conflicts Between Present and Future Generations over Natural Resources”, ADI Colloque 1982, pp. 187 y ss. M. Bedjaoui reaccionó tajantemente contra

mismo parece haber sido esbozado ya por la propia Declaración de Estocolmo de 1972 en su Principio 2:

“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, y especialmente las muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”

2. Medios de protección

Hay que reconocer que la protección de los intereses ambientales esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto, constitutivos de un patrimonio ecológico respaldado por normas imperativas, requeriría para su plena eficacia el funcionamiento de mecanismos institucionales y operativos que todavía hoy no existen o son insuficientes²⁴.

Las carencias que el Derecho internacional ambiental presenta en el plano institucional dificultan las posibilidades de una acción protectora colectiva. Ello deja abierta la posibilidad de contemplar otras alternativas que pasan por una acción directa de los Estados, en defensa del interés ecológico común, mediante acciones destinadas a lograr el cumplimiento de las normas imperativas relativas a la protección del medio ambiente. Particular relieve adquiere en este sentido la función vicaria, que los Estados pueden asumir mediante el ejercicio de derechos

ciertos aspectos de la noción de patrimonio ecológico de la humanidad, contrarios a los intereses de los países en desarrollo: “Se dice que las cuencas del Amazonas y del Congo, que constituyen las mayores reservas de oxígeno, podrían constituir el tipo de patrimonio común de la humanidad. Por esta razón y, porque el oxígeno es indispensable para la vida de todo el planeta, los Estados responsables de esas cuencas deberían rendir cuentas de su gestión de esta riqueza vital a toda la comunidad internacional ... Semejante concepción no es escandalosa en sí misma, pero hay que situarla en el contexto de una explotación en común, solidaria y expurgada de todo egoísmo nacional, de la totalidad de los recursos y riquezas del planeta. Ahora bien, a juzgar por el comportamiento manifiesto o implícito de las naciones, es como si únicamente el tercer mundo tuviera que asumir las obligaciones derivadas de la aplicación del concepto de patrimonio común de la humanidad, mientras que los únicos Estados que tendrían los derechos y las ventajas correspondientes serían los industrializados. Una especie de división internacional del trabajo, que perpetuaría y agravaría incluso los fenómenos de dominación, obligaría, por ejemplo, al Brasil y al Congo a preservar el oxígeno para que las potencias industriales pudieran quemarlo a su libre albedrío. Así por ejemplo, no se alude a la obligación de que los países ricos velen por no destruir la delgada capa de la atmósfera terrestre mediante el uso inmoderado del motor de explosión en todas sus aplicaciones tradicionales y anárquicas.” M. Bedjaoui, *Hacia un nuevo orden económico internacional*, Unesco 1979, Salamanca (Ediciones Sígueme) 1979, p. 198.

²⁴ Ver: P.M. Dupuy. “La réparation des dommages causés aux nouvelles ressources naturelles”. ADI. Colloque 1982, *Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles*, pp. 429-430.

de protección, para la defensa de intereses ambientales colectivos²⁵. La práctica internacional muestra que, en diversas ocasiones, los Estados han adoptado medidas unilaterales para la protección de intereses ambientales alegando que esas medidas interesaban también a la Comunidad internacional en su conjunto²⁶. En otras ocasiones, los Estados han adoptado medidas de intervención en casos de accidente cuya legalidad ha sido confirmada por el Derecho internacional convencional. En la actualidad, los Estados promueven también la adopción de medidas concertadas como las que establecen distintos tipos de áreas protegidas, dentro y fuera de la jurisdicción nación nacional, para proteger valores ecológicos de particular interés para la humanidad²⁷.

²⁵ Esta función vicaria (*custodial protection*) fue invocada ya por J.L. Hardgrove (*op. cit.*, pp. 100-101) y ha sido reiterada por Birnie y Boyle: “la presente estructura del Derecho ambiental internacional ha evolucionado decisivamente hacia un modelo que subraya la relación fiduciaria o de custodia de los Estados con respecto al ambiente”. P.W. Birnie - A.E. Boyle, *International Environmental Law*. Oxford (Clarendon Press) 1992, pp. 84-85.

²⁶ En el año 1972, Islandia extendió unilateralmente sus competencias para la regulación de los recursos biológicos marinos hasta 50 millas de sus costas, alegando el impacto que las actividades pesqueras carentes de regulación en alta mar podrían tener sobre los recursos pesqueros de los habitantes de las costas del país y evocando la defensa del interés general en la protección de los recursos biológicos del mar. En 1985, Canadá adoptó la *Arctic Waters Pollution Prevention Act* en cuya virtud, en ciertas áreas definidas por la ley, extendió unilateralmente hasta 100 millas marinas su competencia para proteger las aguas árticas adyacentes al territorio y a las islas del Ártico canadiense, evocando en el preámbulo de la Ley las responsabilidades de Canadá en la preservación del particular equilibrio natural entre las aguas, hielos y tierras árticas. Un episodio reflejo de este situación se produjo en el año 1994, cuando Canadá arrestó por la fuerza al pesquero español “*Estai*” que se dedicaba a la captura de una especie transzonal, el fletán negro, en aguas del alta mar cercanas a la zona económica exclusiva canadiense. La actuación canadiense dio lugar a una demanda presentada por España ante la Corte Internacional de Justicia que, desgraciadamente, no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, por considerar que su competencia sobre las cuestiones relativas a las medidas de conservación de los recursos pesqueros había quedado excluida de la declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción de la Corte presentada por Canadá el 10 de diciembre de 1985, tal como había sido modificada por una nueva declaración canadiense de 10 de mayo de 1994. La argumentación canadiense ante la Corte Internacional de Justicia no se centró lógicamente en las cuestiones de fondo sino solamente es la cuestión competencial, lo que no impidió que Canadá hiciera ciertas referencias a la necesidad de proteger los recursos biológicos del mar como un interés general de todos los Estados. Sobre este asunto ver *REDI*, vol. LI (1999-1), con contribuciones de A. Fernández Tomás, F. J. Quel López, F. Jiménez García, R. Casado Raigón, J. Juste Ruiz y C. Fernández Casadevante.

²⁷ Es el caso de las áreas marinas protegidas, que pueden situarse total o parcialmente en áreas de alta mar, como las áreas especialmente protegidas de importancia mediterránea (SPAMI) contempladas en el Protocolo sobre áreas marinas protegidas y diversidad biológica en el Mediterráneo de 1995 (Arts. 8,9 y 10) o las áreas marinas particularmente sensibles (PSSA), establecidas bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI).

En este contexto, resulta relevante recordar que el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el año 2001, prevé que la responsabilidad del Estado autor de una violación de obligaciones frente a la Comunidad internacional en su conjunto puede ser invocada por un Estado distinto del Estado lesionado, actuando como garante del interés general²⁸. Del mismo modo, en el caso de violación de obligaciones ambientales *erga omnes*, cualquier Estado legitimado para invocar la responsabilidad internacional del Estado autor de la violación podría llegar a plantear una acción judicial ante un tribunal internacional competente, siempre que exista un vínculo jurisdiccional firme entre las partes. La posibilidad de esta suerte de “*actio popularis*” para la defensa del medio ambiente común ha sido generalmente evocada con reticencia por la doctrina, aunque reconducida a sus justos términos no parece una eventualidad radicalmente inadmisibles²⁹. En tal sentido cabe señalar que, siguiendo la línea evolutiva de la jurisprudencia internacional en la materia³⁰, el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su resolución adoptada en la sesión de Cracovia en 2005 ha afirmado que todos los Estados tienen un derecho de acción (e intervención) ante los tribunales internacionales competentes cuando se trata de exigir el cumplimiento o perseguir las violaciones de obligaciones *erga omnes*, entre las que se cuentan las relativas a la protección del medio ambiente común³¹.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El Derecho internacional ambiental se ha ordenado en torno a ciertos principios rectores que constituyen sus bases estructurales y definen su orientación general³². Aunque no está claro cuál es la naturaleza jurídica precisa de estos principios fundamentales, vamos a examinar aquí aquellos que pueden ser consi-

²⁸ Arts. 33; 42 y 48. Ver texto en A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001, Anexo

²⁹ J. Juste Ruiz, “Las obligaciones *erga omnes* en Derecho Internacional Público”, *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, vol. 1. Madrid (Tecnos), 1979, pp. 228-233.

³⁰ CIJ, asunto de la Barcelona Traction (1970); asunto de la obligación de perseguir o extraditar (2012); Sala de Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, opinión consultiva de 1 de febrero de 2011, par. 179-180.

³¹ IDI, Resolución sobre las obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional, 27 de agosto de 2005, Arts. 3 y 4.

³² Como han escrito Birnie, Boyle y Redgwell, “such principles have legal significance in much the same way that Dworkin used the idea of constitutional principles” (Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977). P. Birnie, A. Boyle, K. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3rd edition, Oxford U Press, 2009, p. 28.

derados como expresivos de una pauta de comportamiento exigible a los sujetos del Derecho internacional.

A. *El principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente*

El más general de los principios del Derecho ambiental internacional es el que establece el deber de proteger el medio ambiente y postula la cooperación internacional para tal fin. Los textos adoptados en los últimos años añaden que la cooperación debe realizarse en un marco de responsabilidades comunes pero diferenciadas, con objeto de lograr un desarrollo sostenible.

Como señalara ya Kiss, “el primero de los principios que se desprenden es el deber de todos los Estados de proteger el medio ambiente”, no solamente en sus relaciones con otros Estados, sino también en los espacios sometidos a sus competencias así como en aquellos que no están sometidos a ninguna competencia territorial³³. La exigencia concreta de cooperación en materia ambiental fue proclamada ya en la Declaración de Estocolmo de 1972 cuyo Principio 24 afirmaba que “(t)odos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio”. La misma exigencia figura también en la resolución 3129 de la Asamblea General de la ONU de 1973³⁴ y en los principios del PNUMA de 1978 sobre la cooperación ambiental relativa a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (Principio 1). La cooperación internacional para la protección del medio ambiente se menciona también en el Preámbulo de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y en el principio 21, a) de la misma. La Corte Internacional de Justicia, en su auto de 1975 dictado en el asunto de las pruebas nucleares afirmó ya la obligación de los Estados de “respetar y proteger el medio ambiente natural”³⁵ y ha confirmado el principio de cooperación a tal efecto en su jurisprudencia ulterior.

La Declaración de Río de 1992 se refiere expresamente a esta cuestión en varias de sus disposiciones, afirmando especialmente la obligación de los Estados de cooperar para el logro del desarrollo sostenible en un marco de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el Principio 7:

“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de

³³ *Ibid.*, par. 57.

³⁴ Resolution on Co-operation in the field of the environment concerning natural resources shared by two or more States, A/RES/3129 (1973) de 13 de diciembre.

³⁵ Nuclear Tests cases, Order of 22 September 1995, I.C.J. Reports 1995, p. 306, par. 64

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 principal 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”.

El principio general de cooperación se concreta en diversas manifestaciones más precisas³⁶ tales como el deber de promover la conclusión de tratados y otros instrumentos internacionales con esta finalidad³⁷, el deber de intercambiar información relevante para la protección del medio ambiente³⁸ y el deber de notificar prontamente³⁹ y prestar asistencia a otros Estados en situaciones de emergencia que pueden producir consecuencias ambientales dañosas⁴⁰. El principio de cooperación implica también otros deberes, tales como promover la investigación científica y tecnológica, procurar asistencia técnica y financiera a los países necesitados, establecer programas de vigilancia y evaluación ambiental etc. Todos estos objetivos podrán desarrollarse en el plano mundial o regional, según resulte más conveniente, y deberán llevarse a cabo ya sea directamente ya sea a través de las organizaciones internacionales competentes.

³⁶ La CIJ en la sentencia de 25 de septiembre de 1997 relativa al asunto Gabcíkovo-Nagymaros, ha afirmado así que: “Aux fins de la présente espèce ... les Parties devraient, ensemble, examiner à nouveau les effets sur l’environnement de l’exploitation de la centrale de Gabcíkovo. En particulier, elles doivent trouver une solution satisfaisante en ce qui concerne le volume d’eau à déverser dans l’ancien lit du Danube et dans les bras situés de part et d’autre du fleuve”. Gabcíkovo-Nagymaros: CIJ *Recueil*, 1997, par. 141.

³⁷ El Principio 24 de la Declaración de Estocolmo afirmaba en tal sentido que “(e)s imprescindible cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades humanas que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente ...”.

³⁸ Así se afirma, por ejemplo, en el Principio 21 d) de la carta Mundial de la Naturaleza: “Los Estados ... cooperarán en la tarea de conservar la naturaleza con actividades conjuntas y otras medidas pertinentes, incluso el intercambio de información y las consultas”.

³⁹ El Principio 18 de la Declaración de Río ha afirmado a este respecto que: “Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La Comunidad internacional deberá hacer todo lo posible para ayudar a los Estados que resulten afectados.”

⁴⁰ Un ejemplo de ello son los Convenios adoptados, bajo los auspicios del OIEA, tras el accidente de Chernobyl de 26 de abril de 1989, sobre “pronta notificación de accidentes nucleares” y sobre “asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica”, ambos adoptados el 15 de agosto de 1986. Texto en: T. Scovazzi - T. Treves, T. *World Treaties for the Protection of the Environment*, Milano: Instituto per l’Ambiente, 1992, pp. 548, 563.

B. El principio de prevención del daño ambiental transfronterizo

El principio de prevención del daño ambiental transfronterizo, deriva de una regla básica de buena vecindad que traduce el viejo brocardo romano *sic utere tuo ut alterum non laedeas*, convertido en pauta de comportamiento de los Estados en el terreno ambiental.

El principio de que se trata posee unos orígenes jurisprudenciales ya antiguos y bien conocidos ya que fue formulado en la sentencia arbitral relativa al asunto de la fundición de Trail de 1941⁴¹ y, de un modo más indirecto, en la sentencia del Tribunal internacional de Justicia relativa al asunto del Estrecho de Corfú de 1949⁴² y en la sentencia arbitral del Lago Lanós de 1957⁴³. La prohibición del daño ambiental trasfronterizo inspiró también las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda contra Francia ante la CIJ en los asuntos de las pruebas nucleares de 1974⁴⁴ y 1995⁴⁵.

El principio en cuestión se encuentra recogido en numerosos textos de naturaleza declarativa así como en un amplio número de tratados en materia ambiental⁴⁶. La obligación de que se trata fue proclamada de un modo tajante por la Declaración de Estocolmo de 1972 en su Principio 21⁴⁷ y ha sido reafirmado, en términos algo más matizados, por la Declaración de Río en el Principio 2:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen ... la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”

⁴¹ Trail Smelter Case (U.S.A./CANADA). Award of April 16, 1938, and March 11, 1941. RSA, vol. III, p. 1965.

⁴² CIJ, Affaire du détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949, *Recueil*, 1949, p. 22.

⁴³ Affaire du Lac Lanoux (Espagne/France), Sentence 16 novembre 1956, RSA., vol. XII, p. 285.

⁴⁴ ICJ. Nuclear Tests Cases. Interim Protection Order of 22 June 1973, ICJ. *Reports* 1973, pp. 99, Judgement of 20 December 1974, ICJ. *Reports* 1974, pp. 253. Ver: P.M. Dupuy. “L’affaire des essais nucléaires français et le contentieux de la responsabilité internationale publique”. 20 *GYIL* (1977), pp. 375-405.

⁴⁵ CIJ. Demande d’examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l’arrêt rendu par la Cour le 29 décembre 1974 dans l’affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), *Recueil* 1995, p. 228. Ver: Ph. Sands “L’affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France): contribution de l’instance au droit international de l’environnement”, *RGDIP* (1997-2), pp. 447-474.

⁴⁶ Ver un inventario de estos textos declarativos y tratados ambientales en Ph. Sands. *Principles of International Environmental Law*, Vol. 1. Manchester University Press, 1995, pp. 195-196.

⁴⁷ El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo afirma especialmente que los Estados tienen “la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

Considerado en un plano jurídico-teórico, el principio de prevención del daño ambiental transfronterizo sin duda inspira y vertebra el Derecho internacional del medio ambiente y constituye una obligación jurídicamente exigible, susceptible de generar responsabilidad en caso de violación. Sin embargo, hay que reconocer que la generalidad misma del principio de que se trata hace difícil que su exigencia pueda resultar operativa en los diferentes casos concretos, en su infinita variedad⁴⁸. Esta es la razón por la que el principio de prevención del daño ambiental transfronterizo ha debido concretarse en prescripciones más específicas que, alejándose de las prohibiciones absolutas, muchas veces de imposible cumplimiento, formulen exigencias de conducta relativizadas que permitan establecer un equilibrio razonable entre los intereses estatales en presencia⁴⁹. Entre estas prescripciones específicas cabe señalar las obligaciones generales de información, notificación y consulta⁵⁰, que han sido formalmente reconocidas en el Principio 19 de la Declaración de Río⁵¹. El principio de prevención del daño ambiental trasfronterizo ha sido proclamado por la Corte 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 afirma 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”⁵².

⁴⁸ Entre las dificultades que suscita la aplicación de este principio cabe señalar, la definición del daño ambiental, la determinación del estándar de diligencia aplicable, la delimitación de las consecuencias de la violación cometida y la extensión de la eventual reparación. Ver: Ph. Sands, *op.cit.*, p. 191.

⁴⁹ Esta es la función que cumplen los llamados eco-estándares, que delimitan el alcance de la conducta que resulta jurídicamente exigible en relación con sectores o actividades determinadas, dotando así de concreción al principio de prevención del daño ambiental transfronterizo. Ver: O. Schachter. *International Law in Theory and in Practice*, La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 368-369.

⁵⁰ En el asunto Gabcykovo-Nagymaros, Hungría sostenía que Eslovaquia había violado la obligación general de cooperar de buena fe y más concretamente los deberes de negociar de buena fe para evitar la disputa, el deber de notificar oportunamente los planes relativos a actividades que pueden conllevar interferencias o riesgos significativos y el deber de entablar consultas de buena fe para llegar a una solución equitativa de la situación. CIJ, *Recueil* 1997, pár. 140 y siguientes.

⁵¹ Declaración de Río. Art. 19: “Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que puedan verse afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.

⁵² Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires. Avis consultatif du 8 juillet 1986. CIJ. *Recueil* 1996. p. 242. par. 29.

La Comisión de Derecho Internacional adoptó en el año 2001 un Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Este proyecto establece un procedimiento de autorización previa, basado en el intercambio de información y las consultas entre los Estados interesados, a fin de llegar a un resultado equitativo, con el objeto de minimizar los riesgos de causar un daño transfronterizo sensible⁵³.

C. *El principio de responsabilidad y reparación de daños ambientales*

Las reglas generales del Derecho internacional relativos a la responsabilidad de los Estados y a la reparación de los daños causados rigen también en el terreno ambiental, aunque su aplicación efectiva en la práctica ha encontrado graves dificultades.

En los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional se han recogido incluso ciertas figuras agravadas de responsabilidad por acto ilícito ambiental, tales como la figura del crimen ecológico internacional de los Estados⁵⁴, que finalmente no ha sido mantenida en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado en el año 2001⁵⁵. También se ha considerado que, en ciertos casos que están siendo objeto de estudio por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los Estados pueden llegar a incurrir en responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional (responsabilidad por daños causados, aún sin acto ilícito)⁵⁶. Pero hay que reconocer que, en la práctica, las dificultades técnicas del tema y la percepción de las reticencias políticas que

⁵³ Naciones Unidas Informe de la Comisión de Derecho Internacional 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General Documentos Oficiales 56° período de sesiones Suplemento N° 10 (A/56/10), p. 423.

⁵⁴ El Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados, elaborado por la Comisión del Derecho internacional de las Naciones Unidas incluyó en el artículo 19 una referencia concreta al crimen internacional que “resulta de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa Comunidad en su conjunto”; el texto añadía que un crimen internacional podía resultar en particular “de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.” (Art. 19,3,d), Ver: *Anuario CDI* 1996,II, 2ª Parte, p. 141.

⁵⁵ Texto aprobado por la CDI en segunda lectura en sus 53° período de sesiones. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución de 19 de noviembre de 2001, tomó nota del proyecto (A/C.6/5/L.20).

⁵⁶ El tema de la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional está en la agenda de la CDI desde el año 1978, sin que todavía se hayan podido culminar los trabajos en la materia. Ver *infra*, Cap. 4, III, D.

produce, han frenado el desarrollo de este sector del Derecho internacional. Se ha generado así una tendencia hacia la adopción de procedimientos flexibles (*soft responsibility*) marcados por el progresivo abandono del terreno de la responsabilidad de los Estados en beneficio de los mecanismos de responsabilidad civil de los particulares.

Por eso, los textos internacionales que formulan el principio de responsabilidad y reparación de daños ambientales lo hacen en un tono esencialmente exhortatorio, cercano a un pronunciamiento de mera *lege ferenda*. El principio 22 de la Declaración de Estocolmo afirmó así que “(l)os Estados deben cooperar para seguir desarrollando el Derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales”. Pero, en vista del escaso desarrollo efectivo de esta llamada a la acción, con excepción de algunos sectores puntuales⁵⁷, la Carta Mundial de la Naturaleza se orientó más bien a postular la rehabilitación de las zonas que resulten perjudicadas como resultado de las actividades humanas⁵⁸, olvidando cualquier pronunciamiento relativo a las responsabilidades que pudieran derivarse. La llamada al desarrollo de mecanismos de responsabilidad e indemnización de daños figura en el Artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y en diversos convenios ambientales internacionales⁵⁹, sin que hasta hoy se hayan producido resultados espectaculares⁶⁰. La Declaración de Río afirma en su principio 13 que:

“Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños

⁵⁷ Así, por ejemplo, en lo relativo a los daños de contaminación del medio marino por hidrocarburos se ha desarrollado un esquema convencional relativamente perfeccionado de responsabilidad civil. Ver los principales Convenios en la materia y un estudio introductorio de Marco Frigessi di Rattalma en T. Scovazzi. - T. Treves. *World Treaties for the Protection of the Environment*, Milano: Instituto per l’Ambiente, 1992, p. 619-627.

⁵⁸ Principio 11, e).

⁵⁹ Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, Londres, Moscú, Washington, 29 diciembre 1972 (Art. X); Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, aprobado en Londres el 7 de noviembre de 1997 (Art. 15); Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación de 16 de febrero de 1976 (Art. 12); Convenio para la protección de del medio marino y de la región costera del Mar Mediterráneo, tras las enmiendas adoptadas el 10 de junio de 1995, (Art. 16); Convenio de Basilea sobre el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación de 23 de marzo de 1989 (Art. 12); Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, 4 October 1991 (Art. 16).

⁶⁰ El único instrumento adoptado hasta la fecha es el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, aprobado por la Quinta Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea, el 10 de diciembre de 1999.

ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes (sic) internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

La lectura de este texto es bastante aclaratoria de los caminos por los que discurren los esfuerzos en la materia: preferencia por los mecanismos de la responsabilidad civil, orientación protectora de las víctimas y compromisos genéricos de desarrollo ulterior de los aspectos relativos a la responsabilidad de los Estados que, pese a las llamadas a una acción “expedita y más decidida” no dejan de relejarse *ad calendas graecas*.

D. Los principios de evaluación de impacto ambiental, de precaución y de que quien contamina paga

Los principios que examinamos a continuación poseen un carácter instrumental, lo que permite agruparlos bajo un mismo epígrafe común.

1. Evaluación de impacto ambiental

El principio de evaluación de impacto ambiental, no aparece todavía en la Declaración de Estocolmo de 1972. La idea comenzó a tomar cuerpo en el plano internacional en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, en la que se afirma que “(l)as actividades que puedan entrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo”, añadiendo en su Principio 11, apartado c) que “Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza ...”

Hoy en día el principio de que se trata aparece formulado en el Principio 17 de la Declaración de Río que afirma:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”⁶¹.

⁶¹ La CIJ, en su sentencia de 25 de septiembre de 1997, relativa al asunto Gavcykovo-Nagimaros, ha aportado un respaldo jurisprudencial a la aplicación de este principio, al afirmar que: “La conciencia de que el medio ambiente es vulnerable y el reconocimiento de que hay que evaluar

La Unión Europea contribuyó poderosamente a la implantación de este principio en el ámbito de sus países miembros mediante su Directiva relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente⁶². En un plano más general, el recurso previo a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental ha sido establecido también en el Protocolo de Madrid de 1991 para la protección del medio ambiente antártico⁶³ y en Convenio de Barcelona para la protección del medio marino y de la región costera del mar Mediterráneo, enmendado en 1995⁶⁴. Asimismo, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas ha impulsado la celebración de un Convenio sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo, firmado en Spoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991⁶⁵.

La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2011, dictada en el asunto de las fábricas de pasta de papel (Argentina c. Uruguay), ha afirmado el carácter universal de la obligación de proceder a una evaluación previa de impacto ambiental para toda actividad industrial que pueda tener un efecto transfronterizo adverso, lo que constituye probablemente su principal aportación⁶⁶. Sin embargo, la Corte observa que el Derecho internacional general no especifica el alcance y contenido de dicha evaluación, por lo que corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico de la evaluación de impacto ambiental requerido en cada caso⁶⁷.

continuamente los riesgos ecológicos se ha afirmado cada vez mas ...” CIJ, Recueil 1997, pág. 112.

⁶² Directiva 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985. DO n° L 175, de 5/7/75, p. 40. En España esta Directiva fue transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 1302/198, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental. La directiva anterior ha sido modificada por la Directiva 97/11/CEE del Consejo, de 3 de marzo de 1997. DO n° L 73/5 de 14/3/97.

⁶³ Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, 4 October 1991, Art. 6 y Anexo I. XI ATSCM/2.

⁶⁴ Convenio para la protección de del medio marino y de la región costera del Mar Mediterráneo, Art. 4, d).

⁶⁵ Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context. *Doc. E/ ECE/1250*. Texto y un breve estudio del mismo por Laura Pineschi en T. Scovazzi - T. Treves. *World Treaties for the Protection of the Environment*, Milano: Instituto per l’Ambiente, 1992, p. 451.

⁶⁶ ICJ, “Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010”, *I.C.J. Reports 2010*, par. 204.

⁶⁷ La Corte también considera que la evaluación de impacto ambiental debe ser realizada antes de la puesta en funcionamiento de un proyecto y que debe llevarse a cabo una vigilancia continua de sus efectos en el medio ambiente a lo largo de la vida del proyecto. *Ibid.*, par. 205.

2. El principio de precaución

El llamado principio de precaución o principio de acción precautoria ha insperado en los últimos años la evolución del pensamiento científico, político y jurídico en materia ambiental⁶⁸. Aunque terminológicamente podría confundirse con el ya conocido principio de prevención, lo cierto es que el principio de acción precautoria difiere substancialmente de aquél y supone una transformación radical de los planteamientos anteriores.

En efecto, durante largo tiempo, los instrumentos jurídicos internacionales se limitaban a enunciar que las medidas ambientales debían basarse en planteamientos científicos, suponiendo que este tributo a la ciencia bastaba para asegurar la idoneidad de los resultados. Esta filosofía inspiró la mayoría de los convenios internacionales celebrados hasta el fin de la década de los ochenta, momento en el que el pensamiento en la materia comenzó a cambiar hacia una actitud más cautelosa y también más severa, que tuviera en cuenta las incertidumbres científicas y los daños a veces irreversibles que podrían derivar de actuaciones fundadas en premisas científicas que luego pudieran resultar erróneas. El principio de precaución ha sido recogido en diversas declaraciones⁶⁹ y convenios internacionales⁷⁰.

⁶⁸ Ver *passim* T. Scovzzi. “Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell’ambiente”, LXXV *Rivista di diritto internazionale*, (1992 n° 3), pp. 699-715. E. Hey “The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law: Institutionalising Caution”, 4 *Georgia Int’l. Env’tl.L.Rev.*, (1992) p. 303. H. Hohmann. *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, London: Graham & Trotman, 1994.

⁶⁹ UNEP Governing Council Resolution 15/27 on the Prevention and Elimination of Marine Pollution, 1989 (Preámbulo y par. 3); Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea, London 24-25 nov 1987 (VII), Final Declaration of the Third International Conference on the Protection of the North Sea, The Hague 8 March 1990 (Preámbulo y par. XVI, (1)). La Declaración de Bergen, adoptada el 16 de mayo de 1990 por los Ministros de 34 países pertenecientes a la Comisión Económica para Europa de la ONU y por la Comunidad Europea, formuló con claridad el concepto en cuestión, definiéndolo en términos muy contundentes en el Principio 7: “Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation”. Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development on the ECE Region, de 16 de mayo de 1990 (par. 7, 8 y 13).

⁷⁰ Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 (Preámbulo, par. 5); Protocolo de Montreal relativo a las Substancias que Agotan la Capa de Ozono de 1987 (Preámbulo, párrafo 8 (que utiliza aún el término medidas “preventivas”); Bamako Convention on the Ban on the Import into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes within Africa, 29 January 1991 (Art. 4, 3 f); Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, Helsinki, 17 March 1992 (Art. 2, 5, (a)); Convenio OSPAR de 1972 sobre protección del medio marino en el Atlántico Nordeste (Art. 2, 2, a); Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 (Art. 3, 3); Convenio sobre la diversidad biológica (Preámbulo, pár. 9); Convenio de Barcelona para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mar

El propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea afirma en su artículo 191, 2 que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente se basará, en particular, en el principio “de cautela” (término que hay que entender como sinónimo de precaución). La formulación más general del principio de precaución es, una vez más, la contenida en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo Principio 15 afirma que:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de un daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El principio de precaución ha quedado así definitivamente consagrado en la Declaración de Río, aunque su alcance haya sido minimizado en varios aspectos. En primer lugar, la Declaración ha devaluado el rango del principio al conferirle la denominación de mero “criterio” (*approach*) y, en segundo lugar, ha relativizado su alcance al afirmar que su aplicación estará en función tanto de las “capacidades” de los diferentes Estados como de los “costos” comparativos de las medidas ambientales a adoptar. Sin embargo, el principio en cuestión se ha configurado en todo caso como un criterio que debe ser ampliamente aplicado y que conlleva importantes consecuencias prácticas, al exigir que se adopten las medidas (de acción o abstención) que sean necesarias para conjurar los peligros de un daño grave e irreversible, incluso a falta de certeza científica. La jurisprudencia internacional ha recogido el principio de precaución que ha sido evocado por la Corte Internacional de Justicia (asunto de las pruebas nucleares de 1995, asunto Gabcikvo Nagymaros de 1997), por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (asunto del atún de aleta azul de 1999, asunto de la fábrica de MOX de 2001) y por el Órgano de Apelación del mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (asunto de las hormonas de vacuno de 1998, asunto del amianto de 2000).

Pese a las ambigüedades que todavía arrastra, el principio de precaución constituye un nuevo parámetro del pensamiento y la acción ambiental. Como ha escrito Philip Sands, este principio ya ha recibido un soporte suficientemente amplio en la práctica internacional como para justificar la afirmación de que refleja un principio de derecho consuetudinario⁷¹.

Mediterráneo, enmendado en 1995 (Art. 4, 3); Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972 (Art. 3, 1).

⁷¹ Ph. Sands, *Principles ...*, cit., p. 213.

3. El principio “quien contamina paga”

El principio “quien contamina paga” es el que más nos acerca al terreno de la economía, ciencia en la que tiene su origen y de la que han debido tomarlo los textos jurídicos⁷². Por ello es, quizás, un concepto a menudo mal comprendido por los no economistas, que suelen confundirlo con un criterio de asignación de la responsabilidad pecuniaria para la reparación de los daños resultantes de la violación de las normas ambientales. Aunque esta sea también una de las posibles facetas de este principio proteiforme, en rigor el principio “quien contamina paga” persigue sobre todo que el causante de la contaminación asuma el coste de las medidas de prevención y lucha contra la misma, sin recibir en principio ningún tipo de ayuda financiera compensatoria⁷³. Se trata de un principio de “internalización” de los costes que conlleva el saneamiento de los efectos negativos de la contaminación sobre el medio ambiente, que deben ser soportados por quien está en el origen de aquella. El principio busca de este modo invertir la tendencia a la “externalización” de los costes en cuestión, evitando su transferencia hacia terceros que, sin ser causantes de la contaminación, tendrían sin embargo que pagar por ella.

El principio “quien contamina paga” fue introducido ya por la OCDE en sucesivas recomendaciones adoptadas en 1972⁷⁴, en 1974⁷⁵ y en 1989⁷⁶. Más tarde, este principio ha encontrado un camino jurídico expedito en el marco de la Unión Europea, donde éste principio guió desde sus inicios la acción en materia de medio ambiente. El principio de que se trata ha sido reconocido en el Principio 16 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo:

“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de los instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio

⁷² H. Smets. “Le principe pollueur payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l’environnement?”, *RGDIP*, 1993, 2, pp. 339-364.

⁷³ Henri Smets señala que el principio quien contamina paga está pasando de ser un principio de internalización parcial (limitado a los costes de prevención y lucha contra la contaminación) a un principio de internalización total (que incluye la generalidad de los costes resultantes de la misma) (*op cit.*, pp. 353-354). En particular, el autor subraya que el principio en cuestión puede llegar a incluir los costes que implica la reparación de los daños resultantes de ciertas contaminaciones accidentales así como las indemnizaciones y otras cargas punitivas derivadas de la comisión de actos ilícitos que violan las normas sobre contaminación (*ibid.*, pp. 349-352).

⁷⁴ Recommandation sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l’environnement sur le plan international C(72)128 OCDE, 1972. Texto inglés en 14 ILM (1975) p. 236.

⁷⁵ Recommandation sur la mise en oeuvre du principe pollueur-payeur C(74)223, OCDE 1974. Texto inglés en 14 ILM (1975) p. 236.

⁷⁶ Recommendation on the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution C(89)88 (Final) OECD 1989; 28 ILM 1320.

de que el que contamina debería, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

Con todo, no puede dejarse de admitir que el principio examinado suscita todavía muchas reticencias fuera del continente europeo y, en particular, en los Estados Unidos. Por ello pueden compartirse las dudas de Philip Sands sobre si el principio “quien contamina paga” ha alcanzado ya el *status* de una regla generalmente aplicable del Derecho internacional consuetudinario, “excepto quizás respecto de los Estados de la Comunidad Europea, de la Comisión Económica para Europa de la ONU y de la OCDE”⁷⁷.

E. El principio de participación del público

El principio de participación del público o participación ciudadana ocupa un terreno compartido con el Derecho estatal, en el que en definitiva tiene su asiento final, y tiene también una clara conexión con la doctrina de los derechos humanos.

La Declaración de Estocolmo de 1972 no hizo mención expresa de la participación ciudadana, pese a afirmar que “el hombre tiene el derecho fundamenta a(l) disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad”⁷⁸ y que “es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales”⁷⁹. Sin embargo, siguiendo una evolución iniciada por la OCDE, a finales de los años setenta, el principio fue ya claramente formulado en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 que, tras evocar el derecho de la población a la información previa y participación efectiva⁸⁰, afirmó en su apartado 23 que “Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización”.

En el ámbito convencional, el principio de participación ciudadana ha sido recogido en distintos convenios internacionales que señalan sus diversos elementos componentes, a saber, derecho a la información en materia de medio ambiente, derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones relativas al medio ambiente y derecho de acceso a la justicia en condiciones no discriminatorias con los nacionales. El principio de participación ciudadana ha recibido un reconocimiento particular en el ámbito de la política de medio ambiente de la Unión Euro-

⁷⁷ Ph. Sands, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁸ Principio 1.

⁷⁹ Principio 19.

⁸⁰ Ver apartado 16.

pea. La Directiva sobre evaluación de impacto ambiental de 27 de junio de 1985⁸¹ estableció ya en su Artículo 6 que la información de que se trata fuera puesta a disposición del público y que éste pudiera expresar su parecer antes del inicio del proyecto sometido a evaluación. Más tarde se adoptó la Directiva de 7 de junio de 1990 sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente afirma que “los Estados miembros harán lo necesario para que las autoridades públicas estén obligadas a poner la información relativa al medio ambiente a disposición de cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado”⁸².

El principio de participación ciudadana llegó así hasta la propia Declaración de Río, en cuyo Principio 10 se proclama que:

“El mejor medio de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”

Aunque la Declaración de Río contempla especialmente la participación ciudadana “en el plano nacional”, el principio establecido ha sido ya recogido en algunos convenios regionales tales como el Convenio nórdico sobre la protección el medio ambiente de 1974, la Convención OSPAR de 1992 y Convenio de Barcelona sobre el Mediterráneo tras las enmiendas de 1995)⁸³. Un importante desarrollo de este principio se ha llevado a cabo en el ámbito de la Comisión Económica para Europa de la ONU mediante la adopción de la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en

⁸¹ Directiva 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985. DO n° L 175, de 5, 7, 75, p. 40; modificada por la Directiva 97/11/CEE del Consejo, de 3 de marzo de 1997. DO n° L 73/5 de 14/3/97.

⁸² Art. 3, Directiva 90/313/CEE del Consejo de 7 de junio de 1990. DO N° L 158/56 de 23, 6, 90. Ver., M.J. Rovira Daudí “El Derecho de los ciudadanos a la información en el Derecho medioambiental europeo”, *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, I, vol. II, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 1807-1827.

⁸³ Convenio OSPAR sobre la protección del medio marino en el Atlántico noreste de 1992 (derecho a la información, Art. 9. 1); tras las enmiendas de 1995, el Convenio de Barcelona sobre el Mediterráneo afirma tanto el derecho a la información (Art. 15, 1) como el derecho a la participación del público (Art. 15, 2); el Convenio nórdico sobre la protección el medio ambiente de 1974 incluye también el derecho de acceso a los tribunales, Art. 3.

asuntos ambientales, hecha en Aarhus el 25 de junio de 1998⁸⁴. El principio de participación del público está alcanzando así una proyección internacional cada vez más amplia, pudiéndose afirmar que se va asentando como una regla consuetudinaria de ámbito universal.

⁸⁴ Doc. ECE/CEP/INFORMAL/1999/1 de 15 de enero de 1999 (en vigor desde el en vigor el 30 de octubre de 2001). La Convención de Aarhus ha sido completado por un Protocolo internacional sobre registros de emisiones y transferencias contaminantes, adoptado en Kiev el 21 de mayo de 2003, que entró en vigor el 8 de octubre de 2009.

Capítulo 3

LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

I. ASPECTOS GENERALES

Las fuentes del Derecho internacional ambiental son, en substancia, las mismas que las del Derecho internacional en general, enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Este artículo, tradicionalmente considerado como una enumeración autorizada de las fuentes formales del Derecho internacional, dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. Los principios generales de 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...
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

La enumeración de las fuentes formales del Derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no agota la referencia a los procesos de creación de normas y obligaciones internacionales. La evolución del Derecho internacional contemporáneo ha mostrado con claridad la aparición de otros procedimientos que expresan el consentimiento de los Estados y son susceptibles de producir obligaciones y derechos y convertirse así en modos de creación del Derecho internacional. Entre los procesos normativos hoy generalmente reconocidos que no están recogidos en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ figuran los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales.

El proceso de aparición de nuevas fuentes de obligaciones y derechos se ha ampliado todavía más en el ámbito del Derecho internacional ambiental. En efecto, la necesidad de proteger el medio ambiente como un patrimonio global sometido a impactos crecientes ha requerido la adopción de normas mediante procedimien-

tos más rápidos y flexibles que en el pasado¹. El modelo voluntarista de producción de normas, característico del Derecho internacional clásico, se ha mostrado inadecuado para un sector que tiene sus propias exigencias: a saber, rapidez de la acción legislativa de carácter preventivo, amplia participación de Estados y otros agentes, instrumentos legales suficientemente flexibles para adaptarse al ritmo de los cambios científicos y tecnológicos y medios efectivos para asegurar su cumplimiento². Por ello, los procesos de creación de normas ambientales se han desarrollado de una forma bastante innovadora y diversificada. Aunque las fuentes tradicionales del Derecho internacional siguen siendo los pilares normativos fundamentales, la evolución experimentada en el sector ambiental muestra la emergencia de nuevos procesos de creación normativa que merecen una atención particular.

II. LOS TRATADOS AMBIENTALES

Al examinar las fuentes formales del Derecho internacional ambiental aparecen, en primer lugar, una serie de tratados o convenios, de ámbito universal, regional y local, que constituyen el pilar esencial de su estructura normativa. Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) configuran regímenes reguladores muy evolucionados que presentan características particulares³.

A. Predominio de la fuente convencional

Una simple consulta de cualquiera de los repertorios al uso nos dará la medida de la impresionante envergadura que el paquete convencional ecológico ha adquirido en nuestros días, conformando un entramado contractual que constituye el principal elemento de la normativa internacional en la materia⁴. Con todo, hay

¹ Ver: F. Paolillo, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Strasbourg, Vol. 67-1, 1977, p. 358.

² S. Maljean-Dubois, "La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement", en SFDI, Colloque d'Aix-en Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*. Paris (Pedone) 2010, pp. 9-37.

³ Ver: T. Ghering "Treaty Making and Treaty Evolution", en D. Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 467-497. S. Borrás Pentinat, *Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2011.

⁴ En 1981 el profesor Kiss, evaluaba ya en más de 300 los tratados multilaterales existentes en la materia (A. Kiss, "L'état du droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions", *Journal de droit international*, 1981, 3, p. 523), pero sin duda hoy esa cifra ha sido ampliamente sobrepasada, pudiéndose aceptar la afirmación de Szazs, según la cual: "depending on

que subrayar que los tratados existentes presentan un carácter sectorial y, las más de las veces, un objeto específico muy concreto, no existiendo ningún convenio multilateral general que se ocupe de los diversos aspectos de la protección del medio ambiente en su conjunto⁵.

El predominio y centralidad de la fuente convencional, que corresponde a una situación generalizada en el orden internacional, ha adquirido en el campo ambiental una intensidad particular que presenta ciertas ventajas pero también algunos inconvenientes. Entre las ventajas de los tratados cabe destacar la seguridad que deriva de su forma escrita (*lex scripta*) junto a la flexibilidad que permiten las reglas relativas a su celebración, entrada en vigor y aplicación. El formidable volumen adquirido por el pilar convencional ha contribuido a poner en pie un paquete de normas ambientales considerablemente tupido, pero ha tenido también su cara negativa ya que ha marcado el conjunto de un tinte inevitablemente voluntarista y, lo que es peor, particularista. Debido a esta suerte de hipertrofia convencional, el desarrollo normativo del Derecho internacional del medio ambiente se ha realizado de un modo fragmentario y disperso que ha dificultado la aparición de reglas generales y ha ocultado las dimensiones globales del problema.

La preferencia por el procedimiento convencional obedece a razones diversas, algunas de las cuales responden en realidad a objetivos políticos. En efecto, como ha señalado Paul C. Szasz, la extraordinaria productividad convencional en el sector ambiental encubre en realidad unas imperfecciones congénitas que son, precisamente, las que hacen su utilización más aceptable para los Estados. El proceso de celebración de los tratados ambientales traduce, efectivamente, todas las debilidades del procedimiento normativo convencional: lentitud de las diversas fases o etapas de su elaboración, exigencia de un número mínimo de ratificaciones para su entrada en vigor, necesidad del consentimiento específico de cada Estado

how one counts, there are over 1.000 multilateral treaty instruments, to which several score are being added each year". P. C. Szasz, "International Law Making", en *Environmental Change and International Law*, (United Nations University Press) 1992, p. 41. Algún autor ha hablado incluso de un efecto de "congestión" convencional: E. Brown-Weiss, "Treaty Congestion in International Environmental Law: the need for greater coordination", 32 *U.Rich.L.Rev* (1998-99), p. 1643.

⁵ Kiss abogó ya hace tiempo por la elaboración de "une convention générale [accompagnée] d'un certain nombre de dispositions en précisant la mise en oeuvre, à l'instar des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme". A. Kiss, "Nouvelles tendances en droit international de l'environnement", *German YIL*, vol. 32, 1989, p. 258. En 1995, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN), en cooperación con el Consejo Internacional de Derecho Ambiental (ICEL), presentó el texto del *Draft Covenant on Environment and Development*, que constituye un modelo doctrinal de un instrumento convencional omnicompreensivo, relativo al medio ambiente y al desarrollo (IUCN. Draft International Covenant on Environment and Development, *Environmental Policy and Law. Paper N° 31*, 1995).

en obligarse por el tratado, posibilidad de denunciar o retirarse del tratado ...⁶. Estas vías de escape procesales ofrecen a los Estados una flexibilidad operativa que contrapesa el rigor de las obligaciones convencionales substantivas escritas y satisface su deseo de guardar un margen de discrecionalidad antes de asumir compromisos firmes que pueden resultar excesivamente gravosos.

Por otro lado, el rigor jurídico-formal de los instrumentos convencionales se ha visto frecuentemente contrapesado por una particular vaguedad de su contenido material. Así, los compromisos jurídicos establecidos en los tratados ambientales han sido generalmente formulados en términos poco contundentes, viéndose a menudo acompañados de matizaciones reduccionistas y de prescripciones condicionales o, en ocasiones, abiertamente potestativas⁷. Esta situación se ha producido sobre todo en el caso de los convenios abiertos a una amplia participación, en los que el precio a pagar para su conclusión y aceptación ha sido frecuentemente el de una particular indeterminación de las obligaciones estipuladas. Asimismo, las transacciones políticamente necesarias o convenientes, que se manifiestan durante el proceso negociador, reducen a menudo el resultado final a una suerte de mínimo común denominador convencional. Un exponente paradigmático de esta situación, citado a menudo como ejemplo del minimalismo de los compromisos jurídicos en los textos de los tratados ambientales, es el Convenio de Ginebra de 13 de noviembre de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, cuyo Artículo 2 afirma que las Partes Contratantes “se esforzarán por limitar y, en la medida de lo posible, reducir gradualmente e impedir la contaminación atmosférica”, incluida la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia.

Asimismo, el nivel de cumplimiento efectivo de los convenios ambientales es todavía hoy, en ocasiones, deficiente. En efecto, en el caso de algunos tratados ambientales, ni siquiera las exigencias procesales más básicas, como la obligación de enviar informes, son observadas mayoritariamente por los Estados Partes. Y, por último, algunos tratados ambientales celebrados en la etapa inicial han sido negociados y concluidos sin una participación adecuada de los países en desarrollo, por lo que los intereses de estos Estados pueden no haber sido tomados suficientemente en consideración.

⁶ P.C. Szasz. “International Norm Making”, *Environmental Change and International Law*, (United Nations University Press), 1992, pp. 41-80.

⁷ Las fórmulas blandas aparecen sobre todo en los artículos relativos a las obligaciones de las partes donde es usual el recurso a los tiempos verbales condicionales (“deberían”, en lugar de “deberán”) así como a las expresiones escapatorias como “en casos apropiados”, “en la medida de lo posible”, “en cuanto sea factible”, “siempre que sea conveniente”, “si no produce costes excesivos”, etc.

Pese a todo, hay que poner de relieve que los tratados constituyen hoy por hoy la pieza central del *corpus* normativo internacional en materia ambiental. Las deficiencias que han sido mencionadas, no han impedido el crecimiento progresivo y el predominio de la fuente convencional que, a los ojos de los Estados, resulta pese a todo el instrumento preferible en razón de su certeza, de su precisión y de su capacidad de adaptación a las exigencias particulares de las diferentes situaciones ambientales objeto de regulación. En resumen, como ha escrito Paolillo:

“Los tratados se muestran, pues, como el instrumento legal que ofrece las mejores expectativas de respuesta a la necesidad de desarrollar el Derecho ambiental, especialmente tras haber mostrado un considerable grado de flexibilidad, que les hace susceptibles de adaptarse a las cambiantes necesidades y percepciones de la crisis ambiental”⁸

B. Características de los convenios ambientales

Los tratados internacionales para la protección del medio ambiente poseen unas características comunes que se han manifestado en la práctica desde una época temprana.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, cabe señalar que los convenios ambientales se configuran generalmente como “tratado-ley”, es decir, como acuerdos normativos que establecen una reglamentación común para el logro de un objetivo colectivo de las Partes⁹. De este modo se diferencian de los llamados “tratado-contrato”, que se configuran como negocios jurídicos que establecen obligaciones contrapuestas de carácter sinalagmático entre partes que persiguen objetivos distintos. Los tratados ambientales se alejan así de la técnica del *do ut des* para configurar regímenes normativos uniformes que establecen una reglamentación general en un ámbito determinado, para el logro de un objetivo de interés colectivo. La dimensión “legislativa” de los tratados ambientales hace que estos escapen en gran medida a los esquemas propios de los regímenes de reciprocidad y acentúan en cambio sus dimensiones normativas colectivas. Como ha escrito Zlata Drnas de Clément, la creciente convicción de que la preservación del ambiente concierne a toda la humanidad desdibuja las relaciones de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados¹⁰. Como consecuencia, los tratados ambientales son reacios a acoger la figura de las reservas, cuya formulación está raramente contemplada en los mismos y que algunos convenios ambientales, como el Con-

⁸ F. Paolillo, *op. cit.*, p. 367.

⁹ Según la terminología acuñada por H. Triepel en su obra *Völkerrechts und Landersrecht*, publicada en 1899.

¹⁰ Z. Drnas de Clément, “Fuentes del derecho internacional ambiental”, en F. Sindico et al. (Eds.) *Derecho internacional del medio ambiente: una visión desde Iberoamérica*, UK (Cameron May) 2011, p. 37. p. 43.

venio sobre la diversidad biológica de 1992, prohíben expresamente¹¹. Asimismo, si una Parte viola las obligaciones de un tratado ambiental, ello no suele dar lugar a la aplicación de las disposiciones del artículo 60 del Convenio de Viena sobre terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de violación, sino de otros métodos distintos para asegurar su cumplimiento. Además, el hecho de tutelar objetivos de interés colectivo confiere a las disposiciones de los tratados ambientales una vocación *erga omnes* que exige un cierto respeto por los Estados no partes. Esta vocación expansiva de las normas convencionales ambientales ha sido ponderada por la doctrina que las considera compatibles con el régimen establecido al respecto por el Convenio de Viena de 1969, cuyo artículo 38 prevé que las normas de un tratado lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional¹².

Más allá de esta primera observación, cabe subrayar también que los tratados ambientales muestran una clara tendencia a la institucionalización, es decir, a la implantación de mecanismos institucionales para su aplicación. El establecimiento de estos mecanismos institucionales de aplicación deriva de la necesidad de tomar decisiones colectivas para ajustar las exigencias de cada convenio a las vicisitudes cambiantes de las situaciones ambientales reguladas, a los desarrollos de la ciencia y la tecnología y a las condiciones políticas dominantes en cada momento. La gran mayoría de los convenios ambientales han establecido órganos de aplicación institucionalizados, aunque con una estructura administrativa relativamente ligera, encabezados por un órgano plenario generalmente denominado “Conferencia de las Partes” o “Reunión de las Partes”¹³.

La Conferencia de las Partes, que se reúne con periodicidad (anual o bianual, está compuesta por todos los Estados Partes en el Convenio, aunque a sus reuniones son normalmente invitados como “observadores” aquellos Estados no Partes que lo solicitan así como las organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales (ONG) que pueden aportar una contribución positiva. Las funciones de la Conferencia e las Partes consisten en examinar la aplicación del convenio y adoptar las medidas necesarias para su buen funcionamiento. Estas funciones suelen estar detalladas *ad exemplum* en una disposición del propio convenio, que termina a menudo con una cláusula de apertura que incluye “todas las demás medidas” necesarias para la consecución de sus objetivos. En el ejercicio de sus funciones, la Reunión de las Partes adopta resoluciones que tienen deno-

¹¹ Convenio sobre la diversidad biológica, Art. 37.

¹² P. Birnie - A. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford (Clarendon Press), 1992, p. 12 y pp. 18 y sig.

¹³ En ocasiones se emplean otras denominaciones, como en el caso del Convenio OSPAR para la protección del medio marino del Atlántico Nordeste donde la reunión de las partes se denomina “Comisión”.

minaciones distintas según los casos, pero que pueden incluir “decisiones” con vocación de obligatoriedad. Aunque algunos convenios contemplan la adopción de resoluciones mediante distintos sistemas de votación, la regla general en la práctica es la adopción de acuerdos por consenso, lo que diluye *de facto* la distancia entre las Partes (que poseen voz y voto) y los observadores (que tienen voz, pero no voto). Junto a la Conferencia de las Partes, casi todos los Convenios ambientales existentes establecen una Secretaría cuyo desempeño se asigna a menudo a un organismo internacional, como la ONU, el PNUMA, la OMI, la AIEA, o la Comisión Económica de las NU para Europa. En un número creciente de casos, los Convenios ambientales establecen también otros órganos institucionales encargados de funciones de naturaleza diversa: científica (Grupos especiales de asesoramiento científico y técnico), jurídica (Grupos especiales de expertos jurídicos), de supervisión (Comités de cumplimiento) u otros.

En la práctica, la decisiva contribución de estos mecanismos institucionales a la mejor aplicación de los convenios ambientales está fuera de toda duda, habiéndose probado su utilidad tanto en lo que respecta a la función normativa (promoción del desarrollo de normas y estándares), como en lo relativo a la mejora de los procedimientos de aplicación, supervisión y control y al arreglo preventivo de posibles controversias entre las Partes¹⁴. Pese a todo, la creciente institucionalización de los convenios ambientales ha mostrado también algunos puntos débiles. Por una parte, algunos regímenes convencionales han generado una cierta hipertrofia institucional que ha producido a su vez una creciente burocratización y un aumento desmesurado de los gastos operativos¹⁵. Asimismo, el creciente número de convenios ambientales que incluyen una Conferencia de las Partes y otros órganos institucionales de aplicación ha hecho que la participación en sus reuniones esté resultando difícil, particularmente para los países en desarrollo que no poseen la capacidad logística y económica necesaria para acudir a tantas citas. Una solución original para favorecer las sinergias procedimentales y substantivas ha sido la adoptada por los Convenios sobre desechos peligrosos, productos químicos peligrosos y contaminantes orgánicos persistentes, que celebran reuniones simultáneas de las Conferencias de la Partes de los tres instrumentos¹⁶. La doctrina ha

¹⁴ F. Paolillo, *op. cit.*, pp. 370-374.

¹⁵ Tal es el caso del Convenio marco de las NU sobre el cambio climático de 1992, que establece varios órganos de aplicación: Conferencia de las Partes, Secretaría, Órgano subsidiario de asesoramiento científico y tecnológico, Órgano subsidiario de ejecución, Mecanismo de financiación etc. Estos órganos han generado a su vez una miríada de organismos subsidiarios, dando al conjunto del sistema una envergadura institucional descomunal.

¹⁶ Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989, Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional de 1998 y Convenio de Estocolmo sobre contaminantes

insistido en la necesidad de incrementar estos procesos de armonización institucional de los acuerdos ambientales multilaterales, conocidos en la terminología anglosajona como “clustering”¹⁷.

Otro rasgo característico de los convenios ambientales es su tendencia a dividir sus disposiciones en dos bloques o cuerpos separados. Por una parte se reúnen las disposiciones substantivas que definen las obligaciones de las Partes que constituyen el núcleo normativo del convenio y que, aunque pueden ser eventualmente objeto de enmienda, están destinadas a tener una cierta permanencia. Por otra parte, se agrupan las disposiciones, generalmente de carácter técnico, que responden al estado de los conocimientos en el momento de su celebración, pero que deben ser susceptibles de ser modificadas más fácilmente al compás de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos. La separación entre “la parte diplomática” o substantiva, que se contiene en las disposiciones del articulado, y la “parte técnica” o adjetiva, que se contiene en “anexos” sometidos a procedimientos de enmienda o modificación más fáciles, constituye el procedimiento habitual en los tratados ambientales¹⁸. En todo caso, hay que subrayar que las disposiciones de cada convenio y las de sus anexos forman igualmente parte del texto del tratado y son también igualmente vinculantes para las Partes¹⁹. La separación formal en dos series de disposiciones no tiene por objeto subordinar o reducir el contenido obligatorio de los anexos técnicos, sino hacer posible su adaptación a los cambios que puedan sobrevenir, mediante procedimientos aligerados de enmienda o modificación.

Este es, justamente, otro de los rasgos característicos de los convenios ambientales, a saber, su especial tendencia a establecer procedimientos de enmienda y modificación particularmente simplificados, especialmente en el caso de los anexos o apéndices, para permitir su rápida adaptación a las nuevas exigencias y necesidades de las situaciones cambiantes. Este rasgo típico, expresión del carácter evolutivo de los convenios sobre medio ambiente, responde a la necesidad de establecer procedimientos aligerados que permitan una actualización más sencilla²⁰. Cuando la

orgánicos persistentes de 2001. Ver: UNEP/FAO/CHW/RC/POPS/EXCOPS.1/8 (<http://excops.unep.ch/documents/report/r08e.pdf>).

¹⁷ Ver: S. Obertur “Clustering of Multilateral Environmental Agreements: Potentials and Limitations”, *Journal: International Environmental Agreements* · Volume 2, Issue 4, 2002 pp. 317-340.

¹⁸ Una terminología diferente es utilizada en el Convenio OSPAR para la protección del medio marino en el Atlántico Noreste de 1992 formado por el Convenio con sus cinco Anexos normativos y tres Apéndices técnicos.

¹⁹ Ver: Art. 31, 2 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

²⁰ “Le point de vue évolutif est représenté aussi par les procédures spéciales prévues par un certain nombre de traites visant à la conservation de l’environnement pour faciliter leur adaptation à des circonstances qui évolueraient.” A. Kiss, “L’ état ...” *cit.*, p. 529.

enmienda afecta a las disposiciones sustantivas del tratado, la regla general suele ser que esta sea adoptada por una mayoría cualificada de las Partes contratantes y que entre en vigor, para las Partes que la han aceptado, cuando exprese su consentimiento una misma mayoría cualificada. En cambio, en el caso de las enmiendas a los anexos, es habitual el recurso a la técnica denominada de la aceptación tácita o “no objeción”, en cuya virtud las enmiendas adoptadas por una mayoría simple de Partes presentes y votantes entran en vigor y se convierten en obligatorias para todas las Partes que, en un plazo de tiempo fijado, no hayan manifestado formalmente su objeción a aceptar la enmienda de que se trata (*opting out*).

Una última característica de los convenios internacionales en materia de medio ambiente es su creciente complejidad, que los convierte cada vez más en instrumentos de difícil lectura y comprensión. Esta complejidad resulta en parte de causas, por así decir, naturales ya que los instrumentos convencionales tienen que regular a menudo materias que son, de suyo, complejas en razón de sus dimensiones científicas y técnicas o de sus connotaciones económicas y políticas. Un ejemplo paradigmático de la complejidad de este tipo de instrumentos son los relativos a la protección del medio ambiente atmosférico, y muy especialmente el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que deterioran la capa de ozono de 1987, cuya lectura se hace a menudo extraordinariamente hermética y requiere dosis masivas de concentración y clarividencia. Pero, en otras ocasiones, los Convenios sobre medio ambiente se complican adicionalmente para acomodar los intereses contrapuestos de los diversos Estados negociadores, que solamente se pueden conciliar al precio de una redacción evasiva, por no decir directamente ambigua.

C. Evolución de la técnica convencional

En los últimos años, el proceso normativo internacional en materia ambiental ha continuado centrado en la fuente convencional que ha experimentado un constante crecimiento cuantitativo y cualitativo. Los tratados ambientales han manifestado una tendencia progresiva a la globalización, tanto en el plano subjetivo (apertura a la participación universal) como en el de su objeto material (reglas transectoriales, protección de los espacios comunes). La técnica convencional ha experimentado también en la práctica una evolución notable, determinada esencialmente por el deseo de lograr la más amplia participación posible y por la voluntad de establecer inicialmente al menos unos compromisos mínimos, que pudieran irse completando con el paso del tiempo. Esta evolución se ha concretado en una serie de rasgos sobresalientes que, sin ser exclusivos del sector ambiental, marcan en su conjunto de un modo muy característico los convenios adoptados en este campo.

El primero de estos elementos característicos de las nuevas técnicas es lo que puede denominarse la continuidad del proceso normativo convencional, es decir,

la técnica consistente en la elaboración de un convenio-marco que será completado por sucesivos acuerdos que lo desarrollan, normalmente denominados “protocolos”. En efecto, cuando existe un problema ambiental que requiere una acción normativa internacional, pero no existen todavía las condiciones o la voluntad política necesarias para adoptar compromisos definitivos, se tiende a establecer al menos un marco convencional de cooperación (el convenio de base o convenio-marco²¹) al que seguirán en su momento los protocolos específicos necesarios para dotar de contenido concreto a sus prescripciones. Esta técnica ha sido empleada inicialmente con notable éxito en los convenios sobre protección del medio marino²² se ha aplicado también en los convenios sobre la protección de la atmósfera, hasta convertirse en un procedimiento generalizado en todos los sectores.

Las ventajas de este sistema normativo por etapas derivan de su idoneidad para adaptarse a los procesos de evolución de las situaciones materiales y a la consolidación de los consensos necesarios para la formalización de los compromisos jurídicos por medio de tratados sucesivos. Cada instrumento jurídico del sistema, el Convenio marco y sus Protocolos, constituye un acuerdo internacional independiente cuya celebración está sometida al régimen general del Derecho de los tratados consagrado en el Convenio de Viena de 1969. Las relaciones entre el convenio marco y los protocolos suelen estar reguladas en el propio Convenio marco, que define las condiciones de participación en los instrumentos jurídicos sucesivos. En general, se exige ser Parte en el Convenio marco para poder llegar a ser Parte en los sucesivos protocolos adicionales, pero el hecho de ser Parte en el Convenio marco no conlleva necesariamente la obligación de convertirse en parte en los sucesivos protocolos²³. Un ejemplo bien conocido de ello es el caso de los Estados Unidos, que son Parte en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 pero que no se han vinculado al Protocolo de Kioto de 1997.

Otra técnica innovadora cada día más utilizada es la consistente en relativizar las obligaciones establecidas en los instrumentos convencionales, que no se formulan en términos absolutos y lineales, sino mediante compromisos referidos a la situación concreta de cada Estado Parte en una fecha determinada, fijándose también una fecha en la que tendrán que lograr los objetivos estipulados. El volumen

²¹ En francés “convention-cadre” y en inglés “framework convention” o “umbrella convention”. Ver A. Kiss, “Les traités-cadre: une technique juridique caractéristique du droit international de l’environnement” *AFDI*, XXXIX, 1993, pp. 792-797.

²² Un ejemplo paradigmático es la Convención de Barcelona para la protección del medio marino y de la región costera del Mediterráneo, completada hasta hoy por siete protocolos adicionales.

²³ Un caso excepcional es el Convenio de Barcelona para la protección del medio marino y de la región costera del mar mediterráneo de 1976 que requiere que, para llegar a ser Parte en el Convenio, se suscriba al mismo tiempo uno de los Protocolos por lo menos (Art. 29).

total de la reducción de las emisiones de los gases controlados no será el mismo para todas las Partes, sino que dependerá del volumen de emisiones de cada Parte en el año de referencia (*baseline*). Esta técnica se ha aplicado principalmente en los convenios para la protección del medio ambiente atmosférico: así, por ejemplo, el Protocolo de Helsinki de 1985, que desarrolla el Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia de 1979, estableció una reducción de un 30 por 100 de las emisiones nacionales de dióxido de azufre (SO₂), con respecto a los niveles del año 1980, que debería realizarse antes del año 1993. Por su parte, el Protocolo de Sofía de 1988, también complementario del Convenio de Ginebra de 1979, obligó a congelar las emisiones de óxidos de nitrógeno (NO_x) al nivel existente en cada Estado parte en el año 1987, antes del año 1995. Igualmente, el Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987, que desarrolla el Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985 sobre protección de la capa de ozono, ha aplicado sistemáticamente la técnica de reducciones porcentuales de los niveles de emisión de las diferentes sustancias controladas, estableciendo fechas de referencia iniciales y finales para cada una de ellas²⁴. La misma técnica emplea también el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 y su Protocolo de Kioto de 1997, cuyas disposiciones en materia de reducción de los gases de efecto invernadero contemplan como año de referencia inicial el nivel de emisiones de cada Estado en el año 1992, fijando un primer periodo de cumplimiento entre el año 2008 y 2012.

La última etapa en esta evolución viene marcada por lo que podríamos llamar la “asimetría convencional”, técnica consistente en la diversificación de las obligaciones y derechos de las partes, que deben responder a sus responsabilidades diferenciadas según el respectivo grado de desarrollo económico y científico²⁵. Esta técnica, basada en el establecimiento de incentivos para determinados Estados, derogaciones particulares, obligaciones diferenciadas, periodos de gracia, regionalización, etc., ha tenido también su campo de aplicación preferente en la protección del medio ambiente atmosférico²⁶. En ocasiones, incluso, las técnicas de relativización y las de asimetría convencional aparecen combinadas en un mismo instrumento. Así, por ejemplo, el Protocolo de Montreal de 1987, que desarrolla el Convenio de Viena de 1985 sobre la protección de la capa de ozono, establece limitaciones y reducciones progresivas de las emisiones de sustancias que pueden dañar la capa de ozono, con respecto a los niveles de emisión nacionales en el año

²⁴ A. Kiss, “Nouvelles tendances en droit international de l’environnement”, *German YIL*, vol 32, 1989, p. 260.

²⁵ Ver: D. Caron, “La protection de la couche d’ozone stratosphérique et la structure de l’activité normative internationale en matière d’environnement”, *AFDI*, pp. 722-724.

²⁶ Ver: P. H. Sand, *Lessons to be Learned in Global Environmental Governance*, World Resources Institute, New York, 1991, pp. 6-14.

1986, y establece obligaciones diferenciadas para los distintas categorías de Estados Partes. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 5 del Protocolo de Montreal, bajo ciertas condiciones las Partes que son países en desarrollo tendrán derecho a aplazar por diez años el cumplimiento de las medidas establecidas con respecto a determinadas sustancias controladas.

La tendencia a la asimetría convencional se ha potenciado extraordinariamente con posterioridad a la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, cuyo principio 7 proclama las “responsabilidades comunes pero diferenciales” de los Estados. En particular, el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 y su Protocolo de Kioto de 1997 establecen un régimen básico netamente asimétrico, en el que las obligaciones de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero afectan exclusivamente a los Estados desarrollados enumerados en el Anexo B del Protocolo, de acuerdo con los porcentajes cuantitativos marcados para cada uno de ellos. Tendencia similar, aunque no siempre tan radical, se observa en otros convenios ambientales adoptados con posterioridad a la cumbre de Río de 1992, tales como el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992 y el Convenio sobre la lucha contra la desertificación y la sequía, principalmente en África, de 1994.

III. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES

La costumbre internacional y los principios generales del derecho figuran también entre las fuentes formales del Derecho internacional recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Como tales, ambas fuentes pueden contribuir a la producción de normas en el ámbito del Derecho internacional ambiental²⁷. Sin embargo, dado el inherente problematismo de estas fuentes no escritas y las características peculiares del sector objeto de consideración, su papel en el Derecho internacional ambiental está sometido a particular debate y controversia, por lo que requiere una explicación particular²⁸.

²⁷ Ver: P.M. Dupuy, “Formation of Customary International Law and General Principles”, en D. Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 449-466.

²⁸ El Tribunal arbitral que examinó el asunto del Iron Rhine Railway (Belgica/Países Bajos) afirmó en su laudo de 2005 que: “there is considerable debate as to what, within the field of environmental law constitutes “rules” or “principles”; what is “soft law”; and which environmental treaty law or principles have contributed to the development of customary international law. CPA. Arbitration Regarding the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Award of 24 May 2005, par 58.

A. Escasez de reglas consuetudinarias específicas

Considerada en su dimensión específica, es decir, como una regla resultante de una práctica reconocida como derecho, la costumbre internacional ofrece por el momento escasa presencia en el terreno ambiental, dado que existen una serie de dificultades estructurales que dificultan su aparición. Muchas de estas dificultades son comunes al proceso de creación consuetudinaria en general, ya que se trata de un derecho no escrito, cuya determinación y prueba resulta a menudo un proceso muy laborioso en el que no es fácil llegar a buen fin. Pero, junto a estas dificultades genéricas, en el ámbito del Derecho internacional ambiental aparecen también otros obstáculos que dificultan la aparición de reglas consuetudinarias específicas.

La principal razón que explica la limitada existencia de reglas consuetudinarias en el Derecho internacional ambiental deriva, precisamente, de la propia novedad de este sector del ordenamiento. La emergencia de una regla consuetudinaria requiere la existencia de una práctica continuada y de una convicción de obligatoriedad (*opinio iuris*) cuya formación y maduración requiere cierto tiempo histórico. Por ello, aunque es verdad que este tiempo puede relativizarse y acortarse en algunos casos particulares²⁹, hay que reconocer que la extraordinaria juventud del Derecho internacional del medio ambiente ha cercenado las posibilidades de gestación de un elenco bien nutrido de reglas consuetudinarias específicas.

Además, por las características mismas de las conductas con las que tiene que ver este sector del ordenamiento internacional, las normas consuetudinarias relativas a la protección del medio ambiente parecen destinadas a presentarse bajo formas más bien atípicas. En efecto, las normas de que se trata tendrían que presentar a menudo los perfiles difusos de la costumbre “negativa”, basada en una práctica concretada en la abstención³⁰, o los rasgos heterodoxos de la costumbre “revolucionaria” (*coutume sauvage*), basada en un predominio de la convicción de obligatoriedad u *opinio iuris*³¹ sobre una práctica escasa o insuficiente, lo que

²⁹ La doctrina ha hablado en estos casos de una posible “costumbre instantánea”, basada en un número reducido o, incluso, en un único precedente: ver, Bin Cheng “United Nations Resolutions in Outer Space: ‘Instant International Customary Law’”. *Indian J.I.L.*, 1965, pp. 23-48.

³⁰ Tal es el caso de las normas consuetudinarias que imponen la obligación de no contaminar, que deben apoyarse lógicamente en una práctica negativa o de abstención cuya prueba resulta generalmente imposible. Como es sabido el TPJI admitió con carácter general la posibilidad de una costumbre basada en la abstención en su sentencia del Lotus (*CPJI Recueil*, Série A., Núm. 10, p. 28), pero la prueba de una práctica negativa resulta siempre muy difícil de realizar.

³¹ La doctrina ha hablado a este respecto de una posible “coutume sauvage”; ésta se daría en los casos en los que, invirtiendo los términos ordinarios del proceso consuetudinario, una poderosa convicción de obligatoriedad se impone sobre una práctica insuficiente: ver, R.J. Dupuy, “Coutume sage et coutume sauvage”. *Melanges offerts a Charles Rousseau*, París (Pedone), 1974, pp. 75-87. El mismo autor ha añadido en otro lugar que: “Ce phénomène est particulièrement notable, lorsque la pratique à déclarer concerne non les hypothèses de stratégies

hace siempre más difícil su reconocimiento efectivo. Como dijera en su día Jennings, los viejos procesos del derecho consuetudinario resultan cada vez más irrelevantes en el mundo actual ya que la mayoría del nuevo Derecho no refleja la costumbre en su sentido ortodoxo.

Al margen de ello, la naturaleza misma de la regla consuetudinaria se acomoda mal a las exigencias y necesidades específicas del Derecho internacional del medio ambiente. En primer lugar, porque la norma consuetudinaria carece de la flexibilidad necesaria para adaptarse a la diversidad y evolutividad de las situaciones y carece también de la capacidad de reacción rápida, necesaria para acompañarse a la celeridad con que los cambios se manifiestan en el terreno ambiental. En segundo lugar, porque las reglas consuetudinarias que han aparecido en este sector, tales como la obligación de cooperar con otros Estados para la protección del medio ambiente común o los deberes de información y consulta con aquellos que pueden resultar afectados en caso de posibles daños, son a menudo demasiado genéricas y no contienen estándares de conducta precisos que puedan servir de pauta para evaluar su cumplimiento por parte de los Estados³². Por ello, en las situaciones concretas en las que una regla consuetudinaria ha sido alegada en la práctica como fuente de obligaciones ambientales internacionales, los Estados afectados se han mostrado generalmente reacios a reconocer la existencia de la misma o su aplicabilidad al caso concreto. La emergencia de reglas consuetudinarias específicas en el sector ambiental, caracterizado por su novedad, por su tecnicidad y por las implicaciones económicas subyacentes, se hace así particularmente difícil³³.

B. Relevancia del procedimiento consuetudinario general

Sin embargo, considerado en una dimensión más genérica y global, el proceso consuetudinario está llamado a convertirse en un importante eslabón del Derecho internacional del medio ambiente, sobre todo como soporte de los principios generales de este sector del ordenamiento internacional.

En efecto, pese a las dificultades antes invocadas, no cabe duda que existe ya en este campo una práctica internacional cada día más desarrollada, que no deja de

politico-économiques, mais celles de l'écologie. L'antériorité de la conscience sur l'histoire se manifeste aussi, en effet, dans la lutte pour la sauvegarde de l'environnement. En présence des dangers que la pollution fait courir à la survie de l'espèce humaine, il est naturel de voir accélérer le processus de formation de certaines pratiques: la conscience du péril, non seulement précède le respect effectif de la règle, mais finit par l'imposer à l'opinio necessitatis du monde". R.J. Dupuy, "Cours general de droit international public", *RCADI*, 1979, IV. vol. 165, p. 176

³² F. Paolillo, *op. cit.*, p. 359.

³³ D. Bodansky, "Customary (and Not So Customary) International Environmental Law", 3 *Ind. J. Global Legal Stud.* (1995), p. 105.

ofrecer precedentes susceptibles de sustentar la formación de principios normativos consuetudinarios. En efecto, aunque en muchos casos esa práctica no reúna la consistencia necesaria para imponerse como evidencia de una regla específica, si posee en términos generales la potencialidad de convertirse en el soporte consuetudinario de ciertos principios respaldados por una *opinio iuris* sólidamente arraigada y generalmente compartida. En efecto, como ha escrito P.C. Szasz, cientos de resoluciones de organismos internacionales, numerosas Declaraciones universales solemnes, adoptadas por Conferencias mundiales u órganos representativos como la Asamblea General de las Naciones Unidas, y disposiciones de convenios normativos cuyas exigencias se convierten en el estándar de comportamiento incluso para los países no Partes, facilitan la creación de nuevas normas consuetudinarias³⁴. Así, ciertos convenios codificadores han contribuido a configurar los estándares aplicables en un sector determinado. Tal ha sido, por ejemplo, el caso del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, cuya Parte XII está consagrada a la “protección y preservación del medio marino”, que ha actuado *de facto* como un marco jurídico de referencia incluso antes de su entrada en vigor formal el 16 de noviembre de 1994. Asimismo, ciertos trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, como por ejemplo en materia de responsabilidad por actividades peligrosas o sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, son citados como eslabones del proceso consuetudinario del Derecho internacional ambiental³⁵. En definitiva, podemos resumir la situación actual recogiendo las palabras de Paolillo.

“Por todas estas razones, el derecho consuetudinario se ha mostrado como una fuente de importancia secundaria en la formación de reglas ambientales; su papel en el desarrollo del Derecho ambiental (internacional) continuará estando limitado a la consolidación de principios generales”³⁶.

C. Los principios generales del Derecho internacional

Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, a los que se refiere el artículo 38, 1 c) del Estatuto de la CIJ, resultan también aplicables en principio en el Derecho internacional ambiental.

Estos “principios generales de Derecho” no deben confundirse con los principios específicos del Derecho internacional ambiental que han sido estudiados en el capítulo anterior. Aunque tengan ciertos puntos de concomitancia, los principios

³⁴ P.C. Szasz, *op. cit.*, pp. 67-68.

³⁵ S. Mc Caffrey, “The work of the ILC Relating to the Environment”, *Ecology L. Quarterly*, 1983, pp. 189 y ss.

³⁶ F. Paolillo, *op. cit.*, p. 359.

del Derecho internacional ambiental tienen un carácter más concreto y específico y resultan del consenso manifestado al respecto por los sujetos del Derecho internacional. En cambio, los principios generales de Derecho a los que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte, son meros principios abstractos que provienen de las prácticas comunes de las naciones civilizadas. La jurisprudencia presenta algunas huellas de la posible incidencia de estos principios generales de derecho en el sector ambiental; así, en 1937, en el asunto de las tomas de agua del río Mosela, la Corte permanente de justicia internacional consideró que los principios equitativos que resultaban aplicables podían derivarse de “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”³⁷. Igualmente, en el arbitraje entre Estados Unidos y Canadá relativo al asunto de la fundición de Trail, la sentencia fundamentó su afirmación de que ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de manera que cause un daño en el territorio de otro Estado, en principios comunes al derecho internacional y al derecho de los Estados Unidos. Sin embargo, la doctrina ha puesto de relieve las dificultades de todo orden que dificultan la recepción de los principios generales reconocidos por las distintas naciones en el Derecho internacional ambiental³⁸.

IV. OTROS PROCEDIMIENTOS NORMATIVOS

Tratándose de un sector del ordenamiento internacional particularmente proclive a las técnicas del *soft law*, no es de extrañar que haya que referirse aquí a toda una serie de procedimientos que, sin formular obligaciones estrictas, contribuyen a la formación de las normas internacionales en materia de medio ambiente. Estos mecanismos innovadores forman hoy un muestrario cuya tipología se ha multiplicado exponencialmente: programas de acción³⁹, códigos de conducta⁴⁰,

³⁷ CPJI, Serie A/B n° 70 (1937) p. 4, 73, 76.

³⁸ En conclusión, como han subrayado Birnie, Noyle y Redgwell, debe reconocerse que los principios generales derivados del derecho interno presentan una utilidad puramente marginal en el contexto ambiental. P. Birnie - A. Boyle - K. Redgwell. *International Law & the Environment*, Third Edition (Oxford University Press), 2009, p. 27.

³⁹ Por ejemplo, el programa de acción adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972, el Programa 21, adoptado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro 1992, el Programa de Mares Regionales del PNUMA, y los programas de acción en materia de medio ambiente en el ámbito de la Unión Europea.

⁴⁰ Por ejemplo: “Principios de conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados”. Decisión 6/14 del Consejo de Administración del PNUMA de 19 de marzo de 1978. (ILM. 1978, p. 1091).

estrategias⁴¹, directrices (*guidelines*)⁴², objetivos y principios⁴³, programas y medidas etc. Pese a no tener fuerza jurídica obligatoria *per se*, estos instrumentos señalan las pautas de comportamiento a seguir en un ámbito determinado y son generalmente respetados como expresión de la *opinio iuris*.

A. Declaraciones de Conferencias y resoluciones de Organizaciones internacionales

Las Declaraciones de las principales Conferencias internacionales que han jalonado la historia reciente en la materia han tenido una particular relevancia en la conformación del Derecho internacional ambiental. La Declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, la Declaración de Río adoptada por la Conferencia de las Naciones sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada en la cumbre de 2002, constituyen importantes expresiones del consenso de los Estados en la materia y contiene principios que han modelado la conformación del Derecho internacional ambiental. El documento titulado “El futuro que queremos”, adoptado en la Cumbre de Río 2012, aunque tiene un contenido normativo muy escaso, también contiene algunos elementos orientados al progreso del Derecho internacional ambiental.

Las resoluciones de las Organizaciones internacionales universales y regionales también contribuyen a la formación de las normas ambientales. En el marco de las Naciones Unidas, la A.G., en su Resolución 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, proclamó que “la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente” constituía uno de los elementos fundamentales del proyectado nuevo orden económico internacional, dedicando a este tema afirmaciones muy contundentes en el artículo 30 de la misma⁴⁴. En el año 1982, la Asamblea General de

⁴¹ Por ejemplo: The North-East Atlantic Environment Strategy. Strategy of the OSPAR Commission for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic 2010-2020 (OSPAR Agreement 2010-3)

⁴² Por ejemplo: The UNEP Montreal Guidelines for the Protection of the Marine Environment Against Pollution From Land-Based Sources, Decision 13/18/II of the Governing Council of UNEP, of 24 May 1985; The UNEP Cairo Guidelines and Principles for the Environmentally Sound Management of Hazardous Wastes, or Cairo Guidelines on Waste Trading, Decision 14/30 of the Governing Council of UNEP of 17 June 1987.

⁴³ Por ejemplo: UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, Decision 14/25 of the Governing Council of UNEP of 17 June 1987.

⁴⁴ Art. 30: “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, de conformidad con esa

las Naciones Unidas adoptó la Carta Mundial de la Naturaleza⁴⁵, que ha tenido también una considerable influencia en la evolución del Derecho internacional en este sector específico. El 18 de septiembre de 2000 la Asamblea General mediante la resolución 55/2 adoptó la Declaración del milenio, cuyo apartado IV contiene disposiciones relevantes sobre “protección de nuestro entorno común”⁴⁶. A partir del año 2009, la Asamblea General ha adoptado diversas resoluciones sobre “armonía con la naturaleza”, en las que se reconoce la relación simbiótica entre los seres humanos y la naturaleza⁴⁷. Asimismo, la Asamblea General ha adoptado numerosas resoluciones de contenido más específico que establecen principios y reglas ambientales aplicables en distintos ámbitos⁴⁸.

Otras muchas organizaciones internacionales, universales y regionales, han adoptado también resoluciones y recomendaciones que han marcado la evolución del Derecho ambiental internacional. Cabe citar, en tal sentido, la acción desarrollada por los organismos del sistema de Naciones Unidas, tales como la UNESCO, la FAO, la Organización marítima internacional (OMI), el Organismo internacional de la energía atómica (OIEA), el Banco Mundial etc. Algunos organismos regionales de la ONU, como la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE) han tenido también una contribución muy significativa especialmente mediante la adopción de convenios orientados a la protección

responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover, y no afectar adversamente, el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. 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 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.” ONU. A.G., Doc. Oficiales XXIX período de sesiones, 17 septiembre-18 diciembre 1974. Suplemento n° 81, (A/9681) pp. 55 y ss.

⁴⁵ AG. Res. 37/7 de 28 de octubre de 1982. 37. Doc. A/37/ 51 (1982).

⁴⁶ A/RES/55/2/ de 8 septiembre 2000.

⁴⁷ A/RES/64/196, de 21 de diciembre 2009; A/RES/65/164, de 20 de diciembre 2010, A/RES/66/204/ de 22 de diciembre 2011.

⁴⁸ Así, por ejemplo, la resolución 44/225 de 1989 en la que se recomendaba el establecimiento de una moratoria al uso de redes pelágicas de gran escala antes del 30 de junio de 1992 (A/RES/44/225 de 22 de diciembre de 1989. Pesca de altura en gran escala con redes de enmalle y deriva y sus efectos sobre los recursos marinos vivos de los océanos y mares del mundo); la resolución 56/13 de 2001 por la que se recomendaba la aplicación del principio de precaución en la conservación, gestión y explotación de las especies transzonales y altamente migratorias (A/RES/56/13 de 28 de noviembre de 2001. Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios); y la resolución 62/98 de 17 de diciembre de 2007. Instrumento jurídicamente no vinculante sobre todos los tipos de bosques.

del medio ambiente⁴⁹. La Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE) ha llevado también a cabo aportaciones jurídicas muy relevantes en la materia. Un caso de particular importancia para nosotros es la acción desarrollada por la Unión Europea en aplicación de la política de medio ambiente prevista en los tratados constitutivos, que será examinada con más detalle en el último capítulo de esta obra.

B. Acción normativa convencional

Otra fuente de producción de indudable importancia en el Derecho internacional ambiental son los actos normativos adoptados por los órganos institucionales de aplicación de los acuerdos ambientales multilaterales.

Los actos normativos adoptados por la Conferencia de las Partes ofrecen denominaciones diversas que no excluyen en algunos casos las “decisiones” con vocación ejecutiva. En general, como ya hemos visto, en el marco de los convenios internacionales para la protección del medio ambiente, las resoluciones se adoptan ordinariamente por consenso y son aplicados espontáneamente como expresión de la voluntad colectiva sin entrar en detalles sobre su fuerza obligatoria legal. Sin embargo, aunque la doctrina haya sido esquiva a abordar directamente la cuestión, cabe plantearse cuál es la fuerza jurídica que despliegan los actos normativos con forma de decisiones, especialmente para los Estados de que se trate que no han votado a favor. Para resolver esta cuestión, hay que tener en cuenta tanto el procedimiento de adopción de las decisiones establecido en el convenio como sus disposiciones sobre el efecto de las decisiones adoptadas para los Estados Partes. A la luz de las posibles combinaciones de ambos factores, pueden detectarse tres casos distintos. Un primer supuesto, es el de aquellos convenios en los que las decisiones deben ser adoptadas estatutariamente por unanimidad, como en el caso del Convenio de Rotterdam de 1998 sobre consentimiento informado previo aplicable a los plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional⁵⁰. En este caso, la unanimidad garantiza la obligatoriedad, pero la falta de consentimiento de un solo Estado puede bloquear la adopción de una decisión. Un segundo supuesto, contemplado por los convenios ambientales más evolucionados, establece procedimientos de votación que permiten adoptar decisiones por mayoría. En estos casos, la regla general suele ser que las decisiones

⁴⁹ Como el Convenio de Espoo de 1991, sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo, o el Convenio Aarhus de 1998 sobre derecho a la información, participación en el proceso de adopción de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

⁵⁰ Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento informado previo aplicable a los plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 10 de diciembre de 1998, Art. 22, par. 5.

puedan llegar a ser obligatorias incluso para las Partes que no han votado a favor, siempre que éstas no manifiesten su objeción formal en un periodo de tiempo fijado (procedimiento llamado de no-objeción o consentimiento tácito - *opting out*)⁵¹. Un ejemplo de este tipo, especialmente alambicado, es el del Convenio para la protección del medio marino en el Atlántico Nordeste de 1992, conocido como Convenio OSPAR, cuyo Artículo 13 afirma, en su párrafo 2, que:

“Toda decisión será obligatoria, cuando expire un período de 200 días después de su adopción, para las Partes Contratantes que votaron en favor de ella y que no hayan notificado por escrito al Secretario Ejecutivo, dentro de ese período, que no pueden aceptar la decisión, siempre que, al expirar ese período, los tres cuartos de las Partes Contratantes hayan votado a favor de la decisión y no hayan revocado su aceptación o hayan notificado por escrito al Secretario Ejecutivo que pueden aceptar la decisión ...”

Por último, el protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono establece un procedimiento más radical que es hasta hoy único en su especie. Las decisiones adoptadas por una mayoría de dos tercios de las partes presentes y votantes, que deben incluir una mayoría de países desarrollados y una mayoría de países en desarrollo, se convierten en obligatorias para todos los Estados partes sin excepción⁵². En tal supuesto, un Estado que no quiera verse obligado a cumplir las decisiones de que se trata, no tendría otro remedio que denunciar el Protocolo y dejar de ser parte en el mismo.

C. Instrumentos económicos y de mercado

Siguiendo las indicaciones del principio 16 de la Declaración de Rio, cuya importancia ha sido subrayada por la propia Agenda 21, se ha desarrollado también una tendencia a la utilización de los llamados “instrumentos económicos y de mercado”. Se trata de instrumentos híbridos, a caballo entre los mecanismos regulatorios y los mecanismos aplicativos, que generalmente poseen un carácter voluntario⁵³. Entre los instrumentos económicos y de mercado utilizados en el ámbito internacional pueden citarse los sistemas de etiquetado ambiental (las eco-etiquetas), las auditorías ambientales (eco-auditorías) o las certificaciones de sostenibilidad (*sustainability labelling*). Estas etiquetas y certificados ecológicos

⁵¹ Esta técnica del consentimiento tácito o no objeción había sido utilizado ya en algunos convenios sobre pesquerías, tales como el Tratado que establece la Organización de pesquerías del Atlántico Noreste (OPAN/NAFO).

⁵² Protocolo relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, Montreal, 16 de septiembre de 1987, Art. 2, par. 9 (tras las enmiendas de 1990).

⁵³ J. Morrison - N. Roth-Arriaza, “Private and Quasi-private Standard Setting”, en D. Bodansky *et al.*, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 499-527.

son concedidas con arreglo a procedimientos establecidos por organismos internacionales (como en el caso de la UE) o que resultan de iniciativas privadas (como en el caso de las normas ISO – International Standardization Organization)⁵⁴. Estos procedimientos incipientes no están exentos de incertidumbre y de riesgos, pero pueden contribuir positivamente al logro de los objetivos que se persiguen mediante esquemas voluntarios basados en la credibilidad y en la selectividad del consumidor.

Otro tipo de instrumentos económicos son los incentivos y desincentivos fiscales utilizados de un modo amplio en algunos ordenamientos internos. Se trata de la aplicación de subvenciones o préstamos tendentes a favorecer los productos o procesos más ecológicos o de tasas u otras cargas fiscales tendentes a penalizar el uso de productos o procesos que tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente. El recurso a este tipo de instrumentos puede tener repercusiones importantes en el plano internacional, planteando problemas de compatibilidad con el principio de que quien contamina paga⁵⁵.

El ejemplo más sofisticado de utilización de instrumentos económicos son los llamados “mercados de permisos de emisión” cuyo objetivo es conseguir los objetivos de reducción de emisiones contaminantes señaladas para cada uno de los Estados obligados, sin causar impactos excesivos en sus economías ni en el sistema económico global. Un caso particular de utilización de estos instrumentos de mercado es el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, previsto por el Protocolo de Kioto de 1997, que constituye un elemento de flexibilidad en el cumplimiento de los compromisos establecidos para los Estados que deben reducir sus emisiones.

V. PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA

Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de los diversos países constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 38, 1, d) del Estatuto del Tribunal internacional de Justicia.

⁵⁴ Esta organización no gubernamental, que agrupa a más de un centenar de organismos nacionales, públicos o privados, ha elaborado entre otras la norma ISO14.000, una norma internacionalmente aceptada que indica cómo establecer un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) efectivo. La norma requiere la auditoría ambiental y el seguimiento de los productos durante todo su existencia y establece las condiciones para la concesión de la correspondiente etiqueta ecológica.

⁵⁵ La referencia a las ecotasas fueron introducidas en el informe sobre “El estado del planeta” presentado por el prestigioso instituto ambientalista norteamericano Worldwatch, en 1995.

A. *La jurisprudencia internacional*

La jurisprudencia internacional, es decir la obra de los Tribunales judiciales o arbitrales, ha tenido en el Derecho internacional del medio ambiente un desarrollo moderado, aunque en los últimos tiempos la situación parece haber mostrado algunos signos de cambio.

Tras unos inicios fulgurantes con el laudo arbitral de la fundición de Trail de 1941⁵⁶, que hacían presagiar un desarrollo ulterior considerable, los Estados se mostraron poco proclives a dirimir sus controversias ambientales ante una instancia jurisdiccional internacional. Durante muchos años la jurisprudencia internacional en la materia se limitó a algunos pronunciamientos más o menos incidentales entre los que los más conocidos son la sentencia dictada por la CIJ en el asunto del estrecho de Corfú en 1949⁵⁷ y el arbitraje del Lago Lanoux, entre España y Francia, en 1957⁵⁸. Sin embargo, en los años setenta del pasado siglo, la jurisprudencia de la CIJ comenzó a mostrar signos de una cierta activación⁵⁹.

Un caso que por su importancia podría haber constituido un hito jurisprudencial en la materia, el asunto de las pruebas nucleares francesas en el Pacífico Sur, resultó desgraciadamente fallido. En su sentencia de 20 de diciembre de 1974, la Corte no entró a considerar las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda, que afirmaban la ilegalidad de las pruebas nucleares que producían un impacto sobre sus territorios, por estimar que Francia había asumido ya una obligación unilateral de no realizar más pruebas de esta naturaleza y que, en tales circunstancias, no había lugar a entrar en el fondo del asunto⁶⁰.

⁵⁶ Trail Smelter Case (U.S.A./CANADA). Award of April 16, 1938, and March 11, 1941. RIAA, vol. III, p. 1905-1982.

⁵⁷ En su sentencia el Tribunal afirmó que: “ciertos principios generales bien reconocidos (establecen) la obligación de todo Estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados”. CIJ, *Affaire du détroit de Corfou*, Sentence du 9 avril 1949, *Recueil*, 1949, p. 22.

⁵⁸ Situándose más propiamente en el ámbito ecológico, el laudo arbitral de 16 de noviembre de 1957 en el asunto del Lago Lanoux afirmó que: “Se hubiera podido sostener que los trabajos (en cuestión) habían producido una contaminación definitiva de las aguas del río Carol, o que las aguas restituidas tenían una composición química o una temperatura, o cualquier otra característica que pudiera haber resultado perjudicial para los intereses españoles. España podía haber pretendido, en tal caso, que se habían conculcado ... sus derechos. Ni la documentación, ni los debates de este asunto muestran signo alguno de tal pretensión”, *Affaire du Lac Lanoux* (Espagne/France), Sentence 16 novembre 1956, ONU, RSA, vol. XII, p. 285.

⁵⁹ Ver: J. Juste Ruiz, “The International Court Of Justice and International Environmental Law”, en N. Boschiero et al. *International Law and the development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*. The Netherlands (TMC Asser Press) 2013, pp. 383-401.

⁶⁰ TIJ. Nuclear Tests Cases. Interim Protection Order of 22 June 1973, ICJ. Reports 1973, pp. 99, judgement of 20 December 1974, ICJ. Reports 1974, pp. 253. Ver: J. Juste Ruiz, “Tribunal Internacional de Justicia. Asuntos de las pruebas nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda

En 1989 Nauru introdujo ante la CIJ una demanda contra Australia en el asunto de “ciertas tierras de fosfatos en Nauru” acusando a la potencia administradora de haber causado daños irreparables a los recursos naturales del Estado administrado. Sin embargo, tras llegar a un arreglo extrajudicial, las partes finalmente desistieron el 9 de septiembre de 1993 por lo que la corte no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Espoleada por el temor a la emergencia de posibles instancias jurisdiccionales competidoras, la CIJ creó el 19 de julio de 1993 una Sala Especial permanente para asuntos de medio ambiente compuesta por siete magistrados⁶¹ que se renovó varias veces hasta el año 2006 sin que en sus trece años de vida tuviera ocasión de conocer de ningún caso. Sin embargo, en estos años llegaron a la Corte varios asuntos importantes relacionados con problemas ambientales. El 2 de julio de 1993 Hungría y Eslovaquia presentaron a la Corte un compromiso para que enjuiciara el asunto del Proyecto GabCícovo-Nagymaros, relativo a la construcción y puesta en funcionamiento de un sistema de embalses de gran envergadura en el territorio fronterizo de ambos países atravesado por el río Danubio. En vista de las muy negativas implicaciones ambientales del proyecto, Hungría suspendió unilateralmente la aplicación del Tratado de 1977 relativo al proyecto controvertido. Eslovaquia, deseosa de llevar a término el proyecto, alegó ante la Corte que Hungría había incumplido sus obligaciones derivadas del tratado, sin causa justificada para hacerlo. La sentencia dictada por la CIJ el 25 de septiembre de 1997 contiene varios pronunciamientos interesantes para el Derecho internacional del medio ambiente tales como la necesidad de adoptar medidas precautorias, la exigencia de vigilancia y prevención y el imperativo de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente, tal como expresa el concepto de desarrollo sostenible⁶². Sin embargo, el fallo de la Corte adopta una orientación salomónica al solicitar a las Partes que continúen negociando hasta encontrar una solución acordada en el marco del Tratado de 1997⁶³.

Por lo que respecta a la jurisdicción consultiva, el 14 de mayo de 1993 la OMS introdujo ante la Corte una solicitud de dictamen sobre la licitud del empleo de armas atómicas en caso de conflicto armado, al que el Tribunal respondió de un

c. Francia). Sentencia de 20 de diciembre de 1974” *REDI*, Vol. XXIII, n° 2-3, 1976, pp. 447-461 y “Mootness in International Adjudication: the Nuclear Test Cases” *German YIL*, vol. 20, 1997, pp. 358-374.

⁶¹ La Sala, fue establecida conforme a lo previsto en el Art. 26, 1, del Estatuto del TIJ (Ver: C.I.J. *Communiqué*, n° 94/10, 14 de marzo de 1994).

⁶² ICJ: GabCícovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, par. 112, 113, 140.

⁶³ *Ibid.*, par. 142

modo evasivo el 8 de julio de 1996⁶⁴, sin entrar en el fondo del asunto por considerar que la cuestión excedía del ámbito de preocupaciones estatutarias de la OMS. Sin embargo, el 19 de diciembre de 1994 la propia Asamblea General de la ONU solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre la licitud la amenaza o del empleo de armas nucleares “en cualquier circunstancia” que planteaba cuestiones interesantes relativas al impacto de las armas atómicas sobre las personas y sobre el medio ambiente. En esta ocasión el Tribunal sí abordó la cuestión relativa al fondo del asunto, pero en su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 pronunció también una respuesta evasiva, cercana a un *non liquet* substantivo, afirmando que:

“Aunque el derecho internacional vigente en materia de protección y salvaguardia del medio ambiente no prohíbe expresamente el empleo de armas nucleares, sí señala importantes factores ambientales que se deben tener debidamente en cuenta para observar los principios y normas del derecho aplicable en las situaciones de conflicto armado”⁶⁵.

El 28 de marzo de 1995 España introdujo una demanda contra Canadá por sus acciones contra el pesquero español “Estai” que faenaba en aguas de alta mar, en el curso de la llamada “guerra del fletán”. El caso presentaba aspectos interesantes desde el punto de vista ambiental relativos a la gestión y conservación de las especies marinas objeto de pesquerías. Sin embargo, en la sentencia dictada el 4 de diciembre de 1998, la Corte declinó entrar en el fondo del asunto por considerar que su competencia *ratione materiae* había quedado excluida de la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte modificada por Canadá semanas antes de la actuación unilateral controvertida⁶⁶.

El 21 de agosto de 1995, ante la inminencia de la reanudación de las pruebas nucleares francesas en el Pacífico Sur, Nueva Zelanda introdujo otra demanda contra Francia, solicitando al Tribunal que reexaminara la situación y ordenara las medidas cautelares necesarias⁶⁷. Sin embargo, el 22 de septiembre de 1995, la Corte emitió una providencia denegatoria, por estimar que las pruebas que

⁶⁴ CIJ. Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé. Avis consultatif du 8 juillet 1996. CIJ *Recueil* 1996, pp. 66-234.

⁶⁵ ICJ. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion of 8 July 1996. ICJ *Reports* 1996, p. 243.

⁶⁶ Sobre este asunto ver *REDI*, vol. LI (1999-1), con contribuciones de A. Fernández Tomás, F. J. Quel López, F. Jiménez García, R. Casado Raigón, J. Juste Ruiz y C. Fernández de Casadevan-te.

⁶⁷ La demanda de Nueva Zelanda se basaba en las disposiciones del párrafo 63 de la sentencia de 20 de diciembre de 1974 que afirmaba que “si las bases de su decisión se vieran afectadas (por un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas por Francia de acuerdo con la sentencia) los demandantes podrían solicitar el examen de la situación (por el Tribunal)”.

Francia iba a realizar no se llevarían a cabo en la atmósfera sino bajo tierra, una cuestión no contemplada en la sentencia de 1974⁶⁸.

El 20 de abril de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su Sentencia sobre el fondo en la controversia entre Argentina y Uruguay relativa al asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay⁶⁹. La sentencia contiene aportaciones positivas al Derecho internacional ambiental entre las que cabe citar: la confirmación del carácter universal del principio de prevención del daño ambiental transfronterizo; la proclamación de que la evaluación de impacto ambiental constituye una obligación de Derecho internacional general, cuando existe riesgo de un impacto transfronterizo significativo; y el énfasis en la importancia del respeto a ciertos principios como el “desarrollo sostenible”, el “uso equitativo y razonable” o la “diligencia debida”. Sin embargo, la Sentencia no aborda ciertas cuestiones planteadas, tales como la contaminación atmosférica, los malos olores y el ruido provocado por la planta de celulosa de Orión (Botnia), por lo que ha sido considerada como algo decepcionante por quienes esperaban una contribución judicial más comprometida con la consolidación y el desarrollo del Derecho internacional ambiental⁷⁰.

El 31 de mayo de 2010 Australia introdujo ante la CIJ una demanda contra Japón por violación de sus obligaciones bajo la Convención ballenera internacional (ICRW) así como de otras obligaciones internacionales sobre preservación de los mamíferos marinos y el medio marino⁷¹.

Al margen de la obra jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia, otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales han contribuido también al desarrollo del Derecho internacional ambiental. En el terreno arbitral destaca la obra realizada bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) que ha establecido una lista de expertos en materia ambiental y cuya aportación más representativa es el laudo de 24 de mayo de 2005 en el asunto “Iron Rhine Railway Line” el entre Bélgica y los Países Bajos⁷². Entre los tribunales judiciales

⁶⁸ CIJ. Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires (*Nouvelle-Zélande c. France*). Ordonnance du 22 septembre 1995. CIJ. *Recueil* 1995, pp. 288-421. Ver. SANDS, Ph. “L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle Zelande c. France): contribution de l'instance au droit international de l'environnement”, *RGDIP*, t. 102, 1997/2, pp. 447-474.

⁶⁹ “Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010”, *I.C.J. Reports* 2010.

⁷⁰ Ver: J. Juste Ruiz-V. Bou Franch, “El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: sentencia de la Corte internacional de justicia de 20 de abril 2010”. *21 REEI*, 2011, pp. 1-31.

⁷¹ ICJ, Press Release N° 2010/16 1, June 2010.

⁷² CPA. Arbitration Regarding the Iron Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Award of 24 May 2005. Interpretation of the Award of the Arbitral Tribunal dated September 20, 2005.

especializados cabe citar, en primer lugar, la obra llevada a cabo por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM/ITLOS) con sede en Hamburgo. Entre sus decisiones más relevantes en materia ambiental destacan el asunto del atún de aleta azul (Australia y Nueva Zelanda contra Japón)⁷³, el asunto de la fábrica de MOX (Irlanda contra el Reino Unido)⁷⁴, el asunto de la recuperación de tierras entre Singapur y Malasia⁷⁵, el asunto de la conservación y explotación sostenible de las poblaciones de peces espada en el pacífico sudeste entre Chile y la Unión Europea y la opinión consultiva de la Sala de Fondos Marinos de 1 de febrero de 2011 sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades que realizan actividades en la Zona internacional de fondos marinos⁷⁶.

En el ámbito regional son también destacables las contribuciones realizadas por la Comisión y el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, que ha desarrollado una extensa jurisprudencia relativa sobre todo a los derechos ambientales de los pueblos indígenas. En el ámbito europeo destaca la obra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha formulado una extensa jurisprudencia relativa a diversos aspectos vinculados al derecho al medio ambiente. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una jurisprudencia avanzada y muy técnica sobre diversos aspectos relativos a la aplicación de la política comunitaria de medio ambiente.

B. *La doctrina*

La doctrina de los publicistas de mayor competencia de los diversos países ha prestado también una atención destacada a los diversos aspectos del Derecho internacional del medio ambiente. Espoleados por la novedad de la temática ambiental, por la envergadura e interés de los problemas planteados y por el carácter innovador de este sector del ordenamiento internacional, muchos de los más prestigiosos publicistas se han volcado efectivamente en el estudio de estas cuestiones. Pude afirmarse así que la doctrina internacionalista en materia ambiental ha experimentado en pocos años un crecimiento verdaderamente notable, convirtiéndose

⁷³ ITLOS. Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan) Requests for provisional measures, Order of 27 August 1999, par. 43.

⁷⁴ The MOX Plant Case (Ireland v United Kingdom) Order of 3 December 2001. Order n° 3. Suspension of Proceedings and Merits and Request for Further Provisional Measures, 24 June 2003, espec. pp. 20-21.

⁷⁵ Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and Around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003.

⁷⁶ Seabed Disputes Chamber of ITLOS, Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory opinion, 1 February 2011

en un foco de atención predominante de la literatura científica de los diversos países. Aunque la doctrina carece de valor normativo intrínseco, la contribución de la comunidad epistémica a la formación de nuevos conceptos y normas del Derecho internacional ambiental es significativa⁷⁷. Algunos de los principios del actual Derecho internacional ambiental, tales como el derecho humano al medio ambiente o los derechos de las generaciones futuras, tienen efectivamente un claro origen doctrinal.

⁷⁷ P. Haas, “Epistemic communities”, en D. Bodansky et al. (Editors) *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford-New York (Oxford University Press), 2007, pp. 791-806.

Capítulo 4

LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

I. INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA Y APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

El Derecho internacional ambiental posee hoy un volumen normativo considerable y sus disposiciones cubren ya prácticamente todas las esferas en las que se han presentado problemas relevantes de dimensiones transfronterizas, regionales o globales. Por ello, cada vez se hace más patente que las carencias esenciales de este sector del ordenamiento internacional no derivan de la escasez de normas, ni aun de su escasa intensidad jurídica, sino del insuficiente grado de cumplimiento eficaz de las mismas. Esta situación resulta de la falta de instituciones capaces de asegurar una gobernanza multilateral respaldada por poderes efectivos y de los problemas diversos que los Estados encuentran para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales internacionales.

A. Instrumentos de gobernanza

Las dificultades que suscita la aplicación efectiva del Derecho internacional ambiental resultan, en primer lugar, de un escaso nivel de desarrollo institucional de los mecanismos de gobernanza. Como ya hemos visto anteriormente, todavía hoy no existe una única organización internacional que esté a cargo de la protección del medio ambiente ni que coordine las numerosas actividades que tienen lugar en torno a esta cuestión. El organismo que hasta hoy se ha venido ocupando de estas cuestiones es el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) establecido por la Conferencia de Estocolmo de 1972. El PNUMA fue creado por la Asamblea General como órgano subsidiario y es el principal órgano de las Naciones Unidas en el ámbito del medio ambiente y el desarrollo sostenible¹. El PNUMA tiene su sede central en Nairobi (Kenia) y su organigrama está formado por un órgano de gobierno, el Consejo de Administración, constituido por 58 Estados elegidos por la Asamblea General por un período de tres años, y

¹ El Programa de las Naciones sobre el Medio Ambiente (PNUMA) se estableció mediante la Resolución 2997 (XXVII) adoptada por la Asamblea general de la ONU el 15 de diciembre de 1972 (UNGA Official Records, 26th Session, Supplement n° 30, pp. 43 y ss.)

una Secretaría encabezada por el Director ejecutivo. Sus funciones principales son muy diversas, pero se centran en promover la cooperación internacional en el ámbito del medio ambiente y recomendar políticas en esta materia, sin que disponga de verdaderos poderes normativos o de ejecución. Los gastos administrativos del PNUMA se financian a través del presupuesto regular de la Organización de las Naciones Unidas. El PNUMA gestiona también el Fondo para el medio ambiente, nutrido mediante contribuciones voluntarias, para la financiación de nuevos programas ambientales de interés general en el marco del sistema de las Naciones Unidas. Desde el año 2000 las reuniones del Consejo de Administración del PNUMA se configuran como un foro ministerial global del medio ambiente. A pesar de tratarse tan sólo de un programa y de sus limitados recursos financieros, el PNUMA ha contribuido de forma significativa al desarrollo del Derecho internacional del medio ambiente. Ha promovido la adopción de numerosos tratados, como el del cambio climático, la protección de la capa de ozono, los residuos peligrosos, los mares regionales, y la biodiversidad, así como de documentos no vinculantes sobre gestión de recursos naturales compartidos, contaminación marina de origen terrestre, evaluación de impacto ambiental, productos químicos y muchos otros.

Por otra parte, la Conferencia de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 decidió que se creara una Comisión sobre Desarrollo Sostenible que finalmente fue establecida, a solicitud de la Asamblea General, como comisión orgánica del Consejo Económico y Social el 12 de febrero de 1993². La creación de esta Comisión permitió superar el dilema entre la potenciación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), organismo con capacidad financiera pero que no tiene un objetivo propio de protección medio ambiental, o la asignación de este nuevo cometido al Programa de las Naciones para el Medio Ambiente (PNUMA), que sí tiene un objetivo de protección ambiental pero carece de potencial económico propio. La nueva institución creada, con el nombre de Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (CDS), está formada por 53 Estados, elegidos con arreglo a un criterio geográfico y de representación equitativa. La CDS tiene por objeto, principalmente: a) vigilar los progresos que se realicen en la ejecución del Programa 21, así como la integración del desarrollo sostenible en los distintos organismos de las Naciones Unidas; b) examinar las informaciones nacionales presentadas por los Estados miembros a la Organización acerca del estado del medio ambiente; c) presentar por conducto del ECOSOC a la AG las recomendaciones oportunas en relación con la ejecución del Programa 21. Las funciones desempeñadas por la CDS se desarrollan siguiendo las pautas recomendadas por la AG, recientemente reformuladas con ocasión de la revisión por la AG

² ECOSOC. Res. 1993/207 de 12 de febrero de 1993. *Establecimiento de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible*. Res. 1993/215 de 12 de febrero de 1993. *Arreglos de procedimiento para la Comisión sobre el desarrollo Sostenible*.

de la ejecución del Programa 21. Junto a la CDS se ha constituido una Junta Consultiva de Alto Nivel, integrada por personas destacadas de reconocida experiencia que representen a todas las regiones del mundo y que procedan de los ámbitos científico, industrial, financiero o de organizaciones no gubernamentales. La tarea fundamental de la Junta Consultiva consiste en prestar asesoramiento en relación con la ejecución del Programa 21 a la CDS, el ECOSOC y la AG. Asimismo, se ha establecido, una Secretaría que tiene su sede en Nueva York, con la misión de prestar apoyo a la CDS y a la Junta Consultiva de Alto Nivel. Desde 1993, la CDS se reúne anualmente en Nueva York en ciclos de dos años. Cada ciclo se centra en bloques temáticos específicos y en temas horizontales (programa multianual de trabajo 2003-2017). La CDS ha abierto sus sesiones a una amplia participación tanto de actores gubernamentales como no gubernamentales. En la celebración del segmento de alto nivel en el que participaban los ministros también se incluye una sesión de diálogo con los grupos principales identificados a la Agenda 21.

A lo largo del tiempo, se han sucedido diversos intentos para crear una estructura internacional de gobernanza ambiental dotada de poderes más efectivos. La Declaración de La Haya de 11 de marzo de 1998 evocó ya el deseo de desarrollar, dentro del marco de las Naciones Unidas, una nueva autoridad institucional capaz de recurrir a procedimientos de toma de decisiones que sean efectivos aun cuando en algunas ocasiones no se alcance un acuerdo unánime. Esta autoridad institucional debería desarrollar instrumentos, definir normas y controlar el acatamiento de las mismas, adoptando medidas adecuadas para favorecer el respeto efectivo de las decisiones de la nueva autoridad institucional bajo el control de la Corte Internacional de Justicia³. Aunque las orientaciones establecidas en la declaración de La Haya nunca fueron llevadas a la práctica, se han producido sucesivos intentos para promover la creación de una Organización internacional del medio ambiente en el marco de las Naciones Unidas (ONUMA) que hasta hoy tampoco han llegado a fructificar efectivamente. En los trabajos preparatorios de la Conferencia de Río +20, la creación de una Organización internacional del medio ambiente fue objeto de propuestas y debates que no llegaron a buen fin. En cuanto al cambio del marco institucional para mejorar la gobernanza mundial para el desarrollo sostenible, la Unión Europea lideraba la defensa de la creación de una Agencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (ONUMA), especializada y con presupuesto propio. Pero los EE.UU. y Canadá se opusieron. De las principales opciones contempladas en un estudio previo de Naciones Unidas, a saber, una nueva agencia de medio ambiente, un Consejo dentro de las Naciones

³ La Declaración de La Haya fue adoptada por 24 Estados al término de una conferencia sobre el medio ambiente convocada por Francia, Holanda y Noruega. Texto en inglés en 28 *I.L.M.* (1989), p. 1308.

Unidas, como el Consejo Económico y Social, o el mismo PNUMA con un nuevo mandato reforzado, se ha elegido la última.

Al final, el documento adoptado como resultado de la Conferencia, titulado “El futuro que queremos”, refuerza el papel del PNUMA que incrementará su presupuesto y tendrá poderes para impulsar la investigación científica y para coordinar todas las estrategias ambientales a nivel global. El documento también expresa el acuerdo de establecer un Foro de alto nivel para coordinar el desarrollo sostenible que deberá sustituir a la actual Comisión para el Desarrollo Sostenible, pero su forma concreta no fue definida por la Cumbre de Río + 20.

B. Problemas de aplicación

Las dificultades que plantea la aplicación efectiva del Derecho internacional ambiental deriva de múltiples razones, tanto de índole teórica como de naturaleza práctica⁴. En general, los Estados son refractarios a aceptar sistemas de aplicación que puedan poner límites a su capacidad de acción autónoma en un campo tan sensible. Además, las normas ambientales internacionales deben aplicarse a escala nacional, razón por la que se hace necesario respetar lo más posible los espacios de soberanía (*domaine réservé*) de los Estados en la esfera interna⁵. En los países desarrollados, las instancias gubernamentales y administrativas son proclives a eludir las exigencias de las normas ambientales que pueden tener una repercusión negativa en la economía o afectar a sectores industriales estratégicos o sensibles. En los países en desarrollo, el cumplimiento de las normas ambientales adoptadas en el marco internacional se hace todavía más difícil, dado que las implicaciones económicas de las mismas vienen a agravar una situación que es ya de por sí cercana a lo insostenible. Por ello, una aproximación realista a estas cuestiones exige, por un lado, una cierta contención en la configuración de las exigencias de las normas ambientales internacionales y, por otro, la puesta a disposición de los países necesitados de la asistencia técnica y financiera imprescindible para poder asegurar su cumplimiento efectivo.

Por otra parte, la configuración blanda y flexible de numerosas normas internacionales ambientales hace particularmente difícil la determinación de los casos de incumplimiento. La falta de rigidez de las normas opera así como una válvula de escape que permiten orillar sus exigencias sin caer en una situación de incumplimiento flagrante. A ello hay que añadir que la incidencia de consideraciones

⁴ Ver: S. Borrás Pentinat. *El control internacional de los tratados multilaterales de protección del medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁵ E. Brown-Weiss. “Compliance with International Standards: Environmental Case Studies”, ASIL. *Proceedings of the 89th Annual Meeting*, 1995, p. 210.

científicas y técnicas contribuye a complicar el funcionamiento de los mecanismos de aplicación del Derecho internacional ambiental. A menudo, los parámetros de referencia en este campo son de naturaleza esencialmente científica y técnica, y sólo con criterios de esta naturaleza se pueden establecer mecanismos de control que puedan resultar operativos. En este contexto, en un mundo donde el saber científico está tan desigualmente repartido, los países desarrollados, que son por lo demás los mayores depredadores del medio ambiente, juegan con una considerable ventaja. En numerosas ocasiones estos países tratan de manipular en beneficio propio la carga de la prueba; así, invirtiendo la lógica procesal, el Estado que desarrolla una actividad potencialmente nociva para el medio ambiente trata de trasladar a sus eventuales víctimas la carga científica de la prueba de la peligrosidad ecológica de su actuación⁶. En tales condiciones, el control científico deja de ser un mecanismo de garantía para convertirse en un elemento de dominación y en una suerte de patente de corso para la agresión ambiental. El remedio definitivo a esta situación debe venir por sus cauces naturales. De una parte, mediante una mayor utilización de los organismos internacionales competentes para la realización de las tareas de control científico y técnico en materia de protección del medio ambiente. De otra, mediante la aplicación tajante del principio jurídico *actor incumbet probatio*, que haga correr al Estado que pretende llevar a cabo una actividad potencialmente peligrosa para el medio ambiente con la carga de la prueba de su inocuidad ecológica⁷. La práctica internacional reciente se dirige claramente en esta dirección, de acuerdo con las exigencias insoslayables del principio de precaución, en cuya virtud “la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁸.

En resumen, cabe señalar que en los procesos de control de la aplicación de las normas ambientales el papel predominante corresponde todavía esencialmente a los Estados mismos, que no aceptan fácilmente la instauración de mecanismo de fiscalización verdaderamente internacionalizados. En la mayoría de los casos, el

⁶ Z.J. Slouka. “International Environmental Controls in the Scientific Age”, en J. L. Hardgrove (Editor) *Law, Institutions & the Global Environment*. 1972, pp. 208-232.

⁷ En el asunto de las pruebas nucleares, Australia y Nueva Zelanda insistieron en este punto en los alegatos presentados contra Francia ante el Tribunal internacional de Justicia. El abogado general de Australia, senador Murphy, afirmó en este sentido: “Mr. President, one of our primary legal propositions is that the deposit of radioactive fallout from the nuclear test infringes the inviolability of our territorial sovereignty. That proposition does not require Australia to establish the exact extent of the dangers of these radioactive materials of which we are the unwilling target ... The processes of fall-out deposit and the resulting uptake of radioactive material by the Australian people is irreversible; the legal injury is irreparable.” *ICJ. Pleadings, Oral Arguments, Documents: Nuclear Tests Cases*, Vol. I, p. 43.

⁸ Declaración de Río, Principio 15.

control de la aplicación se instrumenta a través de instancias formadas por los propios Estados, mediante procedimientos flexibles basados más en la cooperación que en la sanción.

II. MECANISMOS DE CONTROL DE LA APLICACIÓN

El carácter funcional y flexible del Derecho internacional del medio ambiente le hace particularmente proclive a apartarse de los procesos de aplicación autoritarios, para ajustarse a técnicas más atenuadas de control jurídico⁹. Así, el Derecho internacional del medio ambiente ofrece, a cambio de rigor y contundencia, una orientación preventiva y una acusada diversidad en los mecanismos y técnicas de control utilizadas¹⁰. La mayoría de estos mecanismos y técnicas tienen un carácter “soft” y se apoyan esencialmente en la idea de contribuir a la mejor aplicación de las normas ambientales, sin tener que recurrir a orientaciones represivas que los Estados generalmente rechazan; se busca más la incentivación que la sanción. Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha abierto un cierto espacio para la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización algo más compulsivos, que alcanzan a veces un grado de aplicación institucional¹¹.

A. Procedimientos convencionales

Los convenios internacionales relativos a la protección del medio ambiente contienen procedimientos originales para asegurar el control de su aplicación, mediante una serie de técnicas que examinamos a continuación¹².

⁹ *Vide passim*: G. Garzón Clariana. “El control internacional. Contribución al estudio de los controles jurídicos”, *REDI*, 1983, núm. 1. pp. 9-28. A. J. Rodrigo Hernández. “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados sobre el medio ambiente”, en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2001, pp. 158-243. A. Cardesa Salzman. *El control internacional de la aplicación de los acuerdos ambientales universales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

¹⁰ Entre las medidas de control utilizadas para fiscalizar el cumplimiento del Derecho internacional del medio ambiente hay que englobar tanto las técnicas de aplicación de las normas en un sentido genérico (*implementation*) como los procedimientos más concretos para asegurar su cumplimiento (*compliance*). Pero hay que reconocer que, también aquí, la terminología es fluctuante y la dogmática insuficientemente elaborada; en este sentido, algunos autores incluyen también en el ámbito del control, en sentido amplio, los mecanismos destinados a garantizar la ejecución forzosa de las normas (*enforcement*).

¹¹ Ver: P.H. Sands. *Lessons Learned in Global Environmental Governance*, New York (World Resources Institute), 1990, pp. 21 y ss.

¹² Ver: Beyerlin, Stoll and Wolfrum (Editors) *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, Leiden-Boston (Nijhoff), 2006.

1. Procedimientos administrativos

Entre las técnicas de aplicación de las normas ambientales destacan los procedimientos administrativos de carácter informativo, tales como la exigencia de declarar y registrar determinadas sustancias y productos peligrosos, la notificación de las actividades que comportan riesgos transfronterizos, la inscripción de las zonas sujetas a un régimen de especial protección en las listas establecidas al efecto o el consentimiento informado previo a los movimientos transfronterizos de desechos, plaguicidas y productos químicos peligrosos.

Una de las técnicas administrativas más utilizadas es el llamado sistema de autorización previa (*licensing*) que deja en manos de la autoridad nacional competente la verificación de que las exigencias internacionales han sido cumplidas, como requisito previo a la concesión del permiso o autorización para realizar una actividad determinada. También juegan un papel cada día más importante los procedimientos de evaluación de riesgos y en particular los estudios llamados de “impacto ambiental”, exigidos en muchos casos como requisito previo de una actuación potencialmente nociva para el entorno¹³. Estas técnicas han sido utilizadas inicialmente como un elemento de política nacional; pero la aplicación de la técnica de evaluación de impacto ambiental puede jugar también un importante papel en relación con los proyectos susceptibles de producir un efecto ambiental indeseable para otros Estados. Por ello, bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de la ONU, se celebró en Spoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991 un Convenio sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo¹⁴, que entró en vigor en 1997. De acuerdo con este Convenio, todo Estado Parte que contemple la realización de una de las actividades previstas en su Apéndice I debe realizar previamente la correspondiente evaluación de impacto ambiental y comunicar los resultados, en su caso, a los Estados afectados. Por lo que respecta a otras actividades, no contempladas en el Apéndice I, el Convenio sugiere varios criterios para determinar si se trata de actuaciones que puede producir un significativo impacto ambiental adverso de carácter transfronterizo y reclama, en tal caso, la realización de la correspondiente evaluación. El Convenio de Spoo contiene también disposiciones interesantes en lo que respecta al deber

¹³ Ver: J. Juste Ruiz “Desarrollo y medio ambiente: hacia la armonización de la economía y la ecología”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, tomo II, pp. 1887-1891.

¹⁴ Texto en T. Scovazzi - T. Treves (Editores) *World Treaties for the Protection of the Environment*, Milano (Istituto per l'Ambiente) 1992, pp. 491-506, con un estudio preliminar de L. Pineschi (*Ibid.*, pp. 485-490). Ver también A. García-Ureta “La Convención de las Naciones Unidas sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo: principios y normas básicas”, *Revista de Derecho Ambiental*, 1992, N° 8, pp. 11-36.

de pronta notificación¹⁵ y consulta previa¹⁶, así como al análisis ulterior de los efectos del proyecto realizado¹⁷. La Declaración de Río incluye también una referencia expresa a la evaluación de impacto ambiental, que aparece contemplada en su Principio 17:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

La Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2011, dictada en el asunto de las fábricas de pasta de papel (Argentina c. Uruguay), ha confirmado el carácter universal de la obligación de proceder a una evaluación previa de impacto ambiental para toda actividad industrial que pueda tener un efecto transfronterizo adverso¹⁸.

2. Procedimientos informativos

El Derecho internacional del medio ambiente ha desarrollado también otros procedimientos de fiscalización aplicables *a posteriori*, destinados a mantener una vigilancia continua sobre las actividades potencialmente perjudiciales para el ambiente. Así, han proliferado diferentes técnicas de información (*reporting*), verificación y vigilancia (*monitoring*), evaluación (*assessment*) y seguimiento (*follow up*), realizadas en numerosos casos con una cierta periodicidad. El sistema más utilizado para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales para la protección del medio ambiente es el llamado sistema de “informes” (*reporting system*), en cuya virtud los Estados partes en un tratado deben remitir informes periódicos al órgano establecido o designado por el propio tratado, indicando las medidas de aplicación que han adoptado. La mayoría de los convenios ambientales existentes, tanto universales como regionales, utilizan esta técnica. En general los informes sobre la aplicación de los convenios incluyen varios tipos de información. Algunos se limitan a indicar los procedimientos legales y administrativos que los Estados partes han adoptado para la aplicación del convenio. En otros casos, los informes deben incluir datos sobre hechos, especialmente datos científicos, sobre el estado de un componente particular del medio ambiente o el deterioro de tal componente (por ejemplo contaminación, pérdida de diversidad biológica) y sobre los remedios

¹⁵ Art. 3.

¹⁶ Art. 5.

¹⁷ Art. 7.

¹⁸ ICJ, “Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010”, *I.C.J. Reports 2010*, par. 204.

propuestos (inclusive las medidas adoptadas para reprimir las infracciones)¹⁹. En realidad, en la mayoría de los casos, estos métodos se combinan con arreglo a modalidades diversas²⁰.

Pese a que la redacción de los informes nacionales queda exclusivamente en manos de cada Estado Parte, y aunque el nivel de diligencia en el cumplimiento del deber de informar no siempre sea ejemplar, no hay que minimizar el efecto positivo que este mecanismo opera sobre el cumplimiento de los compromisos ambientales por parte de los Estados. En efecto, como dijo en su día el profesor KISS:

“El control se realiza generalmente en base a los informes que remiten periódicamente los Estados ... cuya eficacia es mucho mayor de lo que se podría suponer. En efecto ... aunque los informes emitidos ... pueden adornar la situación, el mero hecho de deberlos redactar ejerce sobre los Estados una cierta presión”²¹.

3. Procedimientos de incumplimiento

En los últimos años se han desarrollado nuevas tentativas para establecer por vía convencional mecanismos más desarrollados de control del cumplimiento de las obligaciones establecidas, entre los que destacan los llamados procedimientos para determinar el cumplimiento (*compliance procedures*)²². Aunque estos mecanismos eran ya conocidos y aplicados en otros ámbitos, tales como el control de armamentos, la protección de los derechos humanos o el derecho internacional del trabajo, los procedimientos de incumplimiento se han desarrollado sobre todo en el Derecho internacional del medio ambiente²³.

¹⁹ Un ejemplo interesante puede encontrarse en el Convenio para la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nordeste de 1992 (Convenio OSPAR), cuyo artículo 22 relativo a los “informes” afirma: “Las Partes Contratantes informarán regularmente a la Comisión sobre los asuntos siguientes: a) Las medidas legales, reglamentarias o de otra índole que adopten para la aplicación de las disposiciones del Convenio y de las decisiones y recomendaciones que se adopten en virtud de éste, incluidas las medidas particulares tomadas para prevenir y castigar las acciones que contravengan dichas disposiciones. b) La efectividad de las medidas a que se refiere la letra a) del presente artículo. c) Los problemas surgidos en la aplicación de las disposiciones a que se refiere la letra a) del presente artículo.”

²⁰ Ver: A. Ch. Kiss “Reporting Obligations and Assessment of Reports”, in Beyerlin, Stoll and Wolfrum (Editors) *Ensuring Compliance ... cit.*, pp. 229 y ss.

²¹ Cf. A. Ch. Kiss, “L'état du droit de l'environnement en 1981: problèmes et solutions”, *Journal de droit international*, 1981, 3, p. 531.

²² Ver: S. Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*. Milano (Giuffrè) 2009. T. Treves et al. *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, The Hague (TMC Asser Press) 2009

²³ Ver: G. Handl “Compliance Control Mechanisms and International Environmental Obligations”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, 1997, pp. 29-49.

El primer convenio ambiental que utilizó esta técnica es el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987. Mediante las enmiendas adoptadas en noviembre de 1992 se estableció un procedimiento original aplicable en caso de incumplimiento de las obligaciones²⁴. El procedimiento incluye la intervención de un Comité de Aplicación que, caso de no lograr una solución amistosa aceptable para las Partes concernidas, someterá un informe a la Reunión de las Partes que “autorizará las medidas de reacción que sean conformes con el derecho internacional”²⁵. A la vista del éxito logrado por el procedimiento de verificación del cumplimiento del protocolo de Montreal, muchos otros convenios ambientales establecieron procedimientos similares que se han ido perfeccionando con el paso del tiempo. Hoy en día más de 30 convenios ambientales universales y regionales incluyen este tipo de procedimientos con la presencia de comités de cumplimiento de naturaleza y composición relativamente diversificada²⁶. Los Comités de cumplimiento presentan configuraciones variables según los casos, pero tienen algunos rasgos comunes que se pueden señalar. Por una parte, se trata de órganos compuestos cada vez más por personas independientes, elegidos en función de su experiencia en el ámbito de que se trata y no como portavoces de los intereses de sus Estados. Por otra parte, sus funciones son de naturaleza esencialmente admonitoria y cooperativa, buscándose menos la sanción de las Partes que incumplen sus obligaciones que la asistencia colectiva para garantizar el cumplimiento efectivo de las mismas. Como ha señalado Gutiérrez Espada, se trata de combinar el uso del palo y la zanahoria, pero sobre todo la zanahoria, como método para incentivar la vuelta al redil de las Partes que no cumplen debidamente las prescripciones de los convenios ambientales²⁷. En una última etapa, los Comités de cumplimiento se han perfeccionado hasta adquirir una dimensión cuasi-jurisdiccional, que se manifiesta tanto en la posibilidad de presentar reclamaciones (que puede ser realizada por otras Partes, por la Secretaría del Convenio o incluso por las ONGs con la condición de observadores), como en el desarrollo del procedimiento de verificación del cumplimiento. Debe observarse, sin embargo, que las resoluciones del Comité de cumplimiento tienen

²⁴ El Protocolo prescribe que las Partes evaluarán al menos cada cuatro años la aplicación de las medidas de control estipuladas (Art. 6) y prevé el establecimiento de “procedimientos y mecanismos institucionales para determinar el incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo y las medidas que haya que adoptar respecto de las Partes que no hayan cumplido lo prescrito.” (Art. 8).

²⁵ Ver: W. Lang. “Compliance-Control in Respect of the Montreal Protocol”, en ASIL *Proceedings of the 89th Annual Meeting*, 1995, p. 206-209.

²⁶ Ver: T. Treves *et al. Non-Compliance Procedures and Mechanisms ... cit.* donde se examinan más de treinta convenios que tienen un mecanismo de verificación del cumplimiento.

²⁷ C. Gutiérrez Espada. “La Contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XIV. 1998, p. p. 174.

generalmente la forma de recomendaciones cuya aplicación debe ser confirmado por el órgano político, la Conferencia de las Partes.

4. Procedimientos de inspección

Los procedimientos de inspección tienen por objeto verificar la conformidad del comportamiento de los Estados con las obligaciones establecidas en los convenios ambientales y las medidas adoptadas por las Partes para su aplicación²⁸. La inspección se dirige a comprobar la existencia de un posible incumplimiento a través de un examen *in situ* y constituye un mecanismo excepcional porque comporta una intromisión directa en el ejercicio de las actividades del Estados inspeccionado.

Pese a su carácter excepcional, los mecanismos de inspección se han introducido, por ejemplo, en la Convención internacional sobre la caza de la ballena de 1946. Asimismo, el Convenio de Cambera de 20 de mayo de 1980 sobre conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida prevé en su artículo XXIV el establecimiento de un sistema de observación e inspección que incluye la visita a bordo de los barcos que operan en la zona del Convenio por parte de observadores e inspectores nombrados al efecto²⁹. El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, adoptado en Madrid en 1991, contiene sendas disposiciones relativas respectivamente al “cumplimiento” (Artículo 13) y a la “inspección” para asegurarlo (Artículo 14)³⁰.

B. Mecanismos institucionales: acción de las organizaciones internacionales

Las Organizaciones internacionales, que juegan un papel relevante en el ámbito del Derecho internacional ambiental, contribuyen a asegurar la aplicación efectiva de las normas³¹.

Entre las Organizaciones con mayor proyección en materia de medio ambiente destacan las agencias especializadas de las Naciones Unidas con competencias en la protección del medio ambiente. La FAO se preocupa de los problemas ecológi-

²⁸ Ver: M. Bhole, “Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements - Systems of Inspection and External Monitoring”, in Beyerlin, Stoll and Wolfrum (Editors) *Ensuring Compliance ... cit.*, pp. 247-258.

²⁹ Texto del Convenio en *I.L.M.*, 19/4, 1980, pp. 837-859.

³⁰ Texto en castellano en *Anuario de Derecho Internacional*, 1992, pp. 215-259.

³¹ A. Ch. Kiss. “Mechanism of Supervision of International Environmental Rules”. *Essays van Panhuys*, 1980, pp. 10 y ss.

cos de la agricultura, como las formas de cultivos, la utilización de insecticidas, la protección de las riquezas biológicas del mar, etcétera. La OMS de las repercusiones de la contaminación sobre la salud del hombre. La OMM de los fenómenos de la contaminación del aire y de su propagación. La UNESCO de la conservación de los lugares naturales y de los problemas generales de la protección de la biosfera. La Agencia Internacional para la Energía Atómica, de los efectos de las radiaciones sobre el medio ambiente ... En el ámbito del BIRD, a instancias de algunos países desarrollados, se creó en 1991 el Fondo para el Medio Ambiente Mundial para financiar proyectos y programas nacionales prioritarios en el ámbito del cambio climático, biodiversidad, cursos de agua internacionales y protección de la capa de ozono. Otras organizaciones relevantes en materia de acción medioambiental son la OMI³², el FMI y la OCDE).

En general, la acción que estos organismos llevan a cabo para verificar la aplicación de las normas adoptadas por ellos pasa generalmente por el empleo de procedimientos y técnicas de naturaleza flexible. Esta tendencia minimalista se ha seguido también en las instituciones establecidas en el marco de la ONU para encargarse específicamente de los problemas ambientales. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), creado en 1972 adoptó en 1982 un “Sistema mundial de vigilancia del medio ambiente”³³. La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (CDS), establecida en 1993 también ejerce tareas de vigilancia de la aplicación de la normativa ambiental internacional. Sin embargo, estas instituciones tienen un enfoque esencialmente catalizador y coordinador de las actividades de los organismos de la ONU con capacidad operativa, careciendo de poderes autónomos y de medios de acción ejecutiva. Hay que reconocer, por lo tanto, que los poderes de las Organizaciones internacionales en materia de control de la aplicación de las normas ambientales son todavía muy limitados.

Una autentica capacidad de control institucional de la aplicación de las normas ambientales sólo se da por el momento cuando se trata de organizaciones más integradas, como sucede en el ámbito regional europeo, donde la aplicación de las normas ambientales puede encontrar incluso un respaldo judicial. Tal sucede, con carácter general, en lo que respecta a la aplicación de la política de medio ambiente de la Unión Europea, ámbito en el que el carácter vinculante de las disposiciones adoptadas cuenta con el respaldo y el control del Tribunal de Justicia que ha dictado ya una nutrida jurisprudencia en la materia. Y lo mismo cabe decir, en el ámbito del Consejo de Europa, de la decidida orientación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que está dando una

³² Ver: T.A. Mensah, “The IMCO Experience”, en J.L., Hardgrove. *op. cit.*, pp. 237-252).

³³ Cf ONU, Informe de la Secretaría General sobre la situación social en el mundo. Doc. oficiales. E/CN.5/1983.3 ST/ESA/125, N.Y. 1982, pp. 261-262.

acogida cada vez más amplia a las demandas inspiradas en consideraciones ambientales vinculadas a los derechos protegidos por el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos de 1950 y sus Protocolos. Esta situación se ha producido también en otros regímenes regionales en los que los mecanismos de protección de los derechos humanos garantizan la tutela efectiva de los derechos de naturaleza ambiental. Tal es el caso de la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y de la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos en aplicación de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981³⁴. Asimismo, el Acuerdo de protección Ambiental anexo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, establece mecanismos obligatorios de control jurisdiccional, que están abiertos incluso a las peticiones de los particulares.

III. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La naturaleza compleja del Derecho internacional ambiental se manifiesta de un modo particularmente acusado en relación con las cuestiones de responsabilidad y reparación de daños, ámbito en el que la aplicación de las reglas existentes y el desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia se hace extraordinariamente difícil³⁵. Las reglas tradicionales sobre la responsabilidad internacional han demostrado ya ser parcialmente insuficientes sin que se hayan consolidado todavía nuevas reglas totalmente adaptadas a las necesidades y a las realidades existentes en el mundo actual. Sin embargo, los problemas que plantea la responsabilidad por daños ambientales no constituye una entelequia jurídica

³⁴ Ver: M. Castillo Daudí. “El derecho al medio ambiente en los convenios regionales de derechos humanos: Aportaciones de la jurisprudencia”, en J. Alventosa del Río - R. Moliner Navarro (Cords.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Universitat de Valencia, 2008, pp. 1435 a 1453.

³⁵ Orrego Vicuña ha explicado a este respecto que las limitaciones originarias de un sistema pensado esencialmente para responder a las violaciones cometidas contra los nacionales de otros Estados y sus propiedades se acomodan mal a la situación presente caracterizada por una extraordinaria ampliación de las relaciones internacionales en un mundo globalizado. Sin embargo, los esfuerzos para modernizar el Derecho de la responsabilidad internacional, emprendidos hace largo tiempo por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, encuentran extraordinarias dificultades para completar el proceso de codificación y desarrollo progresivo en la materia. F. Orrego Vicuña. “State responsibility, liability, and remedial measures under international law: New criteria for environmental protection”, en E. Brown-Weiss (Editor) *Environmental Change and International Law*, The United Nations University, 1992, pp. 124-125.

de naturaleza puramente doctrinal sino una problema práctico de importancia creciente en el mundo en que vivimos³⁶.

A. Dificultades en presencia

La aplicación de los esquemas generales del derecho de la responsabilidad internacional a la protección del medio ambiente plantean dificultades particulares en relación con ciertas cuestiones de carácter técnico-jurídico que afectan prácticamente a todos los elementos del sistema: régimen de la responsabilidad (por acto ilícito o por daño), imputabilidad y causalidad³⁷, existencia y evaluación del daño ambiental, modalidades de la reparación debida ... En efecto, como ha subrayado el profesor KISS, en relación con este último punto:

“Una vez superados los obstáculos precedentes, el daño sufrido debe ser evaluado, a menos de que se opere una *restitutio in integrum* más hipotética, si cabe, en materia de medio ambiente que en el plano general. Para operar tal evaluación encontramos todavía una serie de factores cuya incidencia y efectos pueden ser difíciles de determinar: efec-

³⁶ “In spite of legal efforts to prevent pollution and protect the environment, human activities or accidents both give rise to environmental damage. In order to deter harmful acts and remedy damage as fully as possible, legal consequences are attached to those acts which cause injury”. A. Kiss. - D. Shelton International Environmental Law, New York (Transnational Publishers), London (Graham & Trotman) 1991, p. 347.

³⁷ El profesor Kiss explica así esta cuestión: “(i) Le lien de causalité entre l’acte incriminé et le dommage doit être établi. Les pollutions posent a ce point de vue des problèmes spécifiques non seulement a cause de la distance qui peut séparer la source du lieu ou le dommage intervient, mais aussi a cause de la possibilité d’effets a long terme (notamment sur la santé humaine), d’effets qui ne se produisent que si la pollution est continue (par exemple, sur des bâtiments), a cause de la superposition et de la combinaison possibles de plusieurs sortes de pollutions (par exemple, pollution organique d’un fleuve combinée avec le déversement de fortes quantités d’eau chaude) et a cause de l’influence que peuvent exercer sur une pollution donnée les conditions du milieu (par exemple, photosynthese de polluants atmosphériques) ... ii) L’auteur de la pollution doit être identifié. Les pollutions a longue distance peuvent, bien entendu, poser des problèmes spécifiques. Un cas encore plus difficile sera celui où la pollution provient de plusieurs sources. Ainsi, s’il est relativement facile d’établir la part que peuvent jouer certains gros pollueurs dans la détérioration d’un fleuve, les “petites pollutions” peuvent s’accumuler et jouer un rôle considerable dans les dommages causés sans qu’il soit possible de préciser la part de responsabilité de chacun”. A. Ch. Kiss “L’etat ...” cit., p. 519. En el mismo sentido ha dicho Dupuy que: “1. Du fait du caractère complexe et hautement technique des activités en cause, il sera très malaisé sinon le plus souvent impossible a la victime de rapporter la preuve du lien de causalité unissant l’usage de la technologie concernée a la création du préjudice ressenti. Comme on y reviendra plus loin, on sait que cette constatation a eu déjà de longue date, en premier lieu dans les droits internes, des conséquences sur le régime de responsabilité ... 2. Pour ce qui se rapporte a l’imputation, que le dommage soit complexe, indirect, différé et (ou) cumulatif, on observera qu’il y aura chaque fois un élément de fait entravant la détermination de son véritable auteur”. P.M. Dupuy. “La réparation ... cit., p. 432.

tos escalonados a través del tiempo, efectos acumulativos, efectos indirectos en caso de "marea negra" (por ejemplo, pérdidas de los hoteles, restaurantes, estaciones de servicio, proveedores, etc., de una localidad, cuyo entorno ha sido degradado por la contaminación, costo de las medidas de protección, etc.)³⁸

Pero, junto a los problemas de orden jurídico, otras razones de orden político y económico han contribuido a convertir las cuestiones de responsabilidad ambiental en un tema tabú para los Estados. Las extraordinarias implicaciones económicas que los daños ambientales pueden llegar a presentar y las graves responsabilidades que pueden derivarse de un uso abusivo de los recursos del planeta o de una degradación irreversible del mismo, han llevado a los Estados a bloquear la mayoría de los intentos de desarrollar el Derecho internacional en la materia. Esta actitud escapatoria se ha manifestado en una doble dirección: por una parte, los Estados han mostrado una cierta tendencia a evitar el planteamiento de reclamaciones basadas en perjuicios ambientales y, en todo caso, a canalizar dichas reclamaciones a través de cauces formales de solución de controversias, sobre todo de carácter jurisdiccional. Por otra parte, los Estados han dificultado el avance de la obra de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia y han bloqueado sistemáticamente la elaboración de los mecanismos específicos de responsabilidad estatal previstos en diversos convenios ambientales³⁹. Se ha producido así una suerte de solidaridad pasiva en virtud de la cual los Estados han considerado que la víctima de los daños ambientales de hoy puede ser el transgresor de mañana y que la prudencia política aconseja evitar la formulación de compromisos jurídicos que pudieran resultar, un día, demasiado gravosos. En consecuencia los Estados han mostrado una persistente tendencia a autoexcluirse como sujetos activos y pasivos de responsabilidad internacional en los casos de daños ambientales⁴⁰.

Como resultado de todo ello se ha producido una tendencia muy clara a derivar las cuestiones de responsabilidad ambiental del campo de las relaciones entre los Estados al terreno de las relaciones entre particulares, canalizando su tratamiento a través de los procedimientos del Derecho nacional, en aplicación de

³⁸ A. Ch. Kiss. "L'etat ..." *cit.*, p. 519.

³⁹ Un caso paradigmático es el relativo al bloqueo del desarrollo del mecanismo de responsabilidad previsto en el Artículo X del Convenio de Londres sobre vertidos de 1972, especialmente por parte de los Estados que han realizado vertimientos de desechos radiactivos en el mar. Ver: J. Juste Ruiz "L'immersion en mer de déchets radioactifs et responsabilité internationale", en F. Francioni, T. Scovazzi. *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, pp. 207-230.

⁴⁰ Un caso llamativo es el del Convenio de Ginebra sobre la contaminación transfronteriza a larga distancia, que excluye expresamente en una nota a pié de página toda cuestión relativa a la responsabilidad internacional. Ver: Convenio sobre la contaminación transfronteriza a larga distancia de 1979 (Texto en BOE 10 de mayo 1983); también A. Ch. Kiss. "Le règlement des différends dans les conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement". ADI, Colloque 1982, pp. 121 y ss.

las técnicas del derecho internacional privado. La mayoría de los instrumentos convencionales que se han elaborado en materia de responsabilidad por daños ambientales accidentales han establecido así mecanismos de responsabilidad “privada” o “civil, que se sustancia entre los particulares productores del daño y los que son víctimas del mismo a través de los cauces judiciales internos que resulten competentes⁴¹. La llamada de los textos internacionales a desarrollar el Derecho internacional de la responsabilidad en su doble dimensión estatal y civil, contenida ya en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972⁴², se ha desarrollado en la práctica convencional casi exclusivamente en una vía unidireccional, limitada a la responsabilidad civil. El Derecho internacional del medio ambiente, que había nacido como un derecho flexible, se configuró también como un derecho sin sanción, dotado únicamente del sucedáneo de lo que el profesor KISS ha denominado “*soft responsibility*”:

“Cabría preguntarse si, a fin de cuentas, no habría que hablar de una *soft responsibility* similar al propio *soft law*, no obligatoria, pero capaz de establecer la línea de conducta que deben seguir los Estados. Tal forma de responsabilidad consiste en buscar dar satisfacción a las víctimas de perjuicios (ecológicos) por medios distintos de los mecanismos rígidos, propios de la práctica internacional de la época clásica: recurso a la negociación, indemnizaciones *ex gratia* que no conllevan reconocimiento alguno de responsabilidad, adopción —en su caso— de una reglamentación de cara al futuro que elimine los daños, o los reduzca a proporciones aceptables⁴³.”

B. Mantenimiento del principio de responsabilidad

Pese a las dificultades que la aplicación de las reglas sobre responsabilidad internacional en materia ambiental puedan presentar todavía en la práctica, no conviene extraer consecuencias negativas apresuradas. Las reglas relativas a la res-

⁴¹ Tal sucede, por ejemplo, en el caso de los daños de contaminación resultantes del transporte marítimo de hidrocarburos (Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos Bruselas, 1969; Convenio sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Bruselas, 18 diciembre 1971). La misma orientación han seguido los convenios relativos a los daños resultantes del uso de la energía nuclear (Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París 29 de julio de 1950; Convenio sobre responsabilidad de los explotadores de navíos nucleares, Bruselas 25 de mayo 1962; Convenio sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena 21 de mayo de 1963; Convenio sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de sustancias nucleares, Bruselas, 17 de diciembre de 1971).

⁴² El principio 22 de la Declaración de Estocolmo afirmaba que: “Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el Derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales, que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

⁴³ A. Ch. Kiss. “L'état...” *cit.*, p. 518.

ponsabilidad internacional de los Estados por acto ilícito, es decir, por la violación de una obligación internacional que les sea imputable, no han desaparecido del seno del ordenamiento jurídico internacional por el mero hecho de no haber sido suficientemente aplicadas en la práctica. Pese a las dificultades y carencias subsistentes, el principio según el cual “la violación de una obligación internacional entraña la obligación de reparar”, enunciado por la Corte permanente de Justicia internacional en 1928, se aplica también plenamente en el terreno ambiental⁴⁴. Un ejemplo paradigmático de la situación es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar, cuyo Artículo 253, relativo a la “responsabilidad” afirma a este respecto que:

“1. Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el Derecho internacional.

2. Los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción.

3. A fin de asegurar una pronta y adecuada indemnización de todos los daños resultantes de la contaminación del medio marino, los Estados cooperarán en la aplicación del Derecho internacional existente y en el ulterior desarrollo del Derecho internacional relativo a la responsabilidad y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización y a la solución de las controversias conexas, así como, cuando proceda, a la elaboración de criterios y procedimientos para el pago de una indemnización adecuada, tales como seguros obligatorios o fondos de indemnización.”

Asimismo, un número no desdeñable de tratados internacionales proclaman hoy expresamente el mandato a los Estados Partes de elaborar reglas relativas a la responsabilidad por daños ambientales, en las que no se excluye en absoluto la consideración de las responsabilidades que deben asumir los Estados mismos⁴⁵. En la mayoría de los casos, las dificultades encontradas en el proceso de elaboración de regímenes convencionales de responsabilidad por daños ambientales han impedido alcanzar resultados positivos. Tal sucedió, por ejemplo, en el caso del Convenio de Lugano de 1993, sobre la responsabilidad civil por daños resultan-

⁴⁴ Asunto de la fábrica de Chorzow, fond, arrêt n° 13, 1928. CPJI, Série A, n° 17, p. 29.

⁴⁵ Por ejemplo: Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, Londres 1972, Art. X; Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, 1972, Art. 15; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, de 1989, Art. 12; Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, Art. 16; Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación de 1976, Art. 12 (enmendado en 1995 y reenumerado Art. 16); Protocolo para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental, del fondo del mar y de su subsuelo, Madrid 14 de octubre de 1994, Art. 27.

tes de las actividades peligrosas para el medio ambiente, adoptado en el marco del Consejo de Europa, que nunca ha entrado en vigor. Sin embargo, en algunos casos aislados sí ha podido lograrse establecer un régimen de responsabilidad que no excluye eventualmente la responsabilidad de los propios Estados. Así por ejemplo, en el ámbito de los residuos peligrosos, ha podido adoptarse el protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación de 1999. Asimismo cabe señalar el protocolo de Kiev de 2003 sobre la responsabilidad civil y la indemnización en caso de daños causados por los efectos transfronterizos de accidentes industriales en las aguas transfronterizas⁴⁶. Mientras este empeño se prosigue, la llamada a una acción más expedita y decidida para la elaboración de nuevos regímenes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por daños ambientales, proclamada por la Declaración de Río de 1992 en su Principio 13, mantiene su vigencia:

“Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes (sic) internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

C. Violación de obligaciones ambientales y crimen ecológico internacional

De acuerdo con las reglas generales del Derecho internacional, la violación por el Estado de sus obligaciones internacionales relativas a la protección del medio ambiente constituye un acto ilícito generador de la responsabilidad internacional. Pero, dado el carácter fluido de las normas en este sector, a menudo no resulta claro si ha habido o no violación de una obligación internacional por parte de los Estados. En estos casos, existe un acuerdo doctrinal creciente en que los límites entre la conducta estatal lícita e ilícita vienen marcados por el criterio de la “debida diligencia”, es decir, por el despliegue efectivo de una actividad suficientemente diligente para asegurar los objetivos establecidos por las normas internacionales relativas a la protección del medio ambiente. Esta afirmación esencial no deja de presentar ciertas zonas oscuras, sobre todo si se tiene en cuenta que las normas ambientales internacionales se caracterizan a menudo por su falta de concreción y por los elementos de fluidez propios del *soft law* al que muchas de estas normas

⁴⁶ Ver: A. Pigrau Solé, “La responsabilidad internacional de los Estados por daños al medio ambiente”, en F Sindico *et al.*, *Derecho internacional del medio ambiente: una visión desde Hispanoamérica*, United Kingdom (Cameron May) 2011, pp. 106-126.

pertenecen. Por ello se insiste en la necesidad de definir de un modo cada vez más concreto y preciso los estándares de comportamiento que los Estados deben efectivamente cumplir de acuerdo con las normas internacionales. Las normas primarias tratan así de definir cada día con mayor precisión los “ecoestándards” o estándares técnicos que determinan los parámetros de legalidad de las conductas ambientales de los Estados. Como ha subrayado Orrego Vicuña, el apego inicial a la noción de dolo (intención hostil), dejó paso con el tiempo a la idea de culpa (negligencia manifiesta), para centrarse finalmente en la noción de diligencia debida, entendida como la expresión de la conducta que cabe esperar de un buen Gobierno. “Más recientemente, esta conducta ... ha sido definida con mayor precisión mediante el establecimiento de estándares (ambientales) definidos internacionalmente”⁴⁷.

Por otra parte, el desarrollo progresivo del Derecho internacional en materia de responsabilidad internacional ha llevado a plantearse si algunos actos ilícitos de particular gravedad, que atentan contra intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, podían ser considerados como constitutivos de un verdadero “crimen internacional” del Estado. Como es bien sabido, esta innovadora figura fue introducida en 1976 en los trabajos de codificación de la Comisión del Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre responsabilidad internacional de los Estados cuyo proyecto de artículo 19, 3, d) contenía una referencia concreta al crimen internacional contra el medio humano:

“Artículo 19. Crímenes y delitos internacionales

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.

2. El hecho internacionalmente ilícito, resulta de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la Comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa Comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.

3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de Derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar en particular:

a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;

⁴⁷ F. Orrego Vicuña. Final Report. Sous-Commission sur: responsabilité et environnement. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Strasbourg. vol 67-I, 1997, p. 318.

c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;

d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2, constituye un delito internacional⁴⁸.

La figura del crimen ecológico responde, como en el caso de los otros crímenes internacionales enumerados en el artículo transcrito, a una cierta evolución de la doctrina y de la práctica progresivamente arraigada en la conciencia de los miembros de la comunidad internacional⁴⁹. La crítica situación a la que estaba llegando el medio humano en su conjunto hizo que determinados atentados ecológicos potenciales fueran percibidos como particularmente graves, y merecedores, por tanto, de un régimen de responsabilidad a la medida de su extrema gravedad. Ante la amenaza de un auténtico “ecocidio”, una corriente doctrinal reaccionó evocando la figura del crimen ecológico internacional, movida por un imperativo de solidaridad para con las generaciones presentes y futuras. El medio ambiente constituye, en efecto, la última reserva para el desarrollo sostenible de los pueblos, y no cabe imaginar crimen más grave que su degradación irreversible como resultado de actos ilícitos, cometidos por los Estados en persecución de sus intereses egoístas inmediatos. En el fondo se trata, pura y simplemente, de sancionar con el máximo rigor jurídico la violación de obligaciones que tutelan intereses esenciales de la Comunidad internacional en su conjunto: el interés común de la Humanidad en la protección del patrimonio ecológico mundial⁵⁰.

⁴⁸ Anuario CDI 1976, II, 2ª Parte, p. 94. Vide A. Pedauye. “Los crímenes de los Estados”, *REDI* 1978-79, pp. 24-38.

⁴⁹ Así lo afirmó la CDI en el comentario del artículo 19 de su proyecto sobre la responsabilidad internacional (Anuario CDI 1976, II, 2ª Parte, p. 107), tras revisar detenidamente los antecedentes jurisprudenciales (pp. 96-98), diplomáticos (pp. 98-109) y doctrinales (pp. 109-115) de la noción de “crimen internacional”.

⁵⁰ Así lo proclamó claramente en su día la propia Comisión de Derecho Internacional que, tras afirmar que “se ha formado o se están formando en la costumbre internacional reglas no escritas” sobre esta materia, añadió: “El Derecho internacional contemporáneo ha llegado a condenar definitivamente (las) prácticas que atent(e)n ... o pongan gravemente en peligro ... la protección y la conservación del medio humano. La comunidad internacional en su conjunto —y no sólo alguno de sus componentes— estima ahora que tales hechos infringen principios solemnemente enunciados en la Carta y, aún fuera de ésta, principios que actualmente están tan profundamente arraigados en la conciencia universal, que se han convertido en normas especialmente esenciales del Derecho internacional general. Por eso, parece indiscutible que las normas de Derecho internacional general existentes en esta materia —y las que entrarán necesariamente a formar parte de ellas en el futuro— sólo pueden presentarse en gran medida, para la comunidad internacional en su conjunto, como normas “imperativas”. Y parece no menos

En los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho internacional, la existencia del crimen ecológico internacional requería la concurrencia de varias condiciones esenciales claramente manifiestas en el texto del Artículo 19. A saber: que se hubiera producido una violación de una obligación “de importancia esencial” para la salvaguardia y protección del medio humano; que la violación de esa obligación fuera una “violación grave”⁵¹, es decir, que presentara una gravedad caracterizada por su magnitud, por su persistencia, por la envergadura de sus posibles efectos nocivos o, incluso, por su excepcional malicia; y que tuviera una gravedad subjetiva, caracterizada por la intención del Estado responsable de producir un daño masivo al medio ambiente (dolo específico). Este elemento intencional es seguramente el que faltaba en ciertos casos de accidentes que han producido una contaminación masiva (Chernobil, Sandoz, Bophal), pero que no fueron calificados de crímenes internacionales por no ser el resultado de un comportamiento intencional⁵². Un caso en el que la situación catastrófica resultante se acerca bastante a las exigencias teóricas de la figura del crimen internacional del Estado es el de la contaminación masiva de la atmósfera y de los mares por las actuaciones dolosas llevadas a cabo por el gobierno de Saddam Hussein con ocasión de la primera guerra del Golfo en 1990⁵³.

indiscutible que las obligaciones dimanantes de esas normas tienen por objeto la salvaguardia de intereses tan vitales como la Comunidad internacional, que una violación de tales obligaciones no puede por menos que ser considerada por todos los componentes de esa Comunidad como un hecho internacionalmente ilícito particularmente grave, como un “crimen internacional ...” *Anuario CDI* 1976, II, 2ª Parte, p. 108; vide también p. 119, párrafo 64.

⁵¹ El comentario de la CDI explica a este respecto que: “Se establecen dos requisitos que son en todo caso la condición para que se pueda afirmar la existencia de un crimen internacional: a) que la obligación correspondiente a cualquiera de las esferas indicadas sea una obligación “de importancia esencial” para el logro de la finalidad fundamental que caracteriza esa esfera; y b) que la violación de esa obligación sea una “violación grave”. No es difícil comprender la razón de ese doble requisito. En cada una de las esferas mencionadas se pueden distinguir obligaciones cuya importancia para alcanzar la finalidad fundamental de que se trata es primordial y otras que sólo tienen una importancia secundaria. El incumplimiento de una de estas últimas obligaciones no puede, evidentemente, ser tomado en consideración para acusar a un Estado de un crimen internacional. Por otra parte, cabe incluso que el incumplimiento de una obligación de importancia esencial no adquiera proporciones que permitan calificarlo de crimen. Esto sólo será posible si se demuestra la gravedad de la violación. Así pues, únicamente cuando se hallan reunidas esas dos condiciones, se puede llegar a la conclusión de la existencia de un crimen internacional.” *Anuario CDI*, 1976, II, 2ª Parte, p. 119.

⁵² G. Palmisano. “Les causes d’aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre “crimes” et “délits” internationaux”, *RGDIP*, 1994, pp. 662-663.

⁵³ En aplicación de la Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, par. 16, se estableció una Comisión de indemnización de las Naciones Unidas que ha examinado demandas de indemnización por los gastos efectuados para combatir la contaminación en relación con la determinación de la responsabilidad del Iraq con arreglo al derecho internacional “por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales... resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait” por el Irak”.

Sin embargo, como es sabido, la figura del crimen internacional del Estado, y muy especialmente el crimen ecológico internacional, se ha encontrado en la práctica con enormes dificultades para su reconocimiento efectivo, tanto por las dificultades técnicas que plantea como por la animadversión generalizada de los Estados a considerar que sus conductas puedan ser susceptibles de criminalización. Por ello, la obra de codificación de la CDI en la materia se encontró con graves escollos que impedían su progreso y bloqueaban su evolución. Para salir el impasse, el último ponente de la Comisión de Derecho Internacional en la materia, Sir James Crawford, eliminó del texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito adoptado en 2001 toda referencia expresa a la figura del crimen internacional del Estado. No obstante, el proyecto de artículos se refiere todavía en su capítulo tercero a la “violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general” en las que cabe ver un sucedáneo de la vieja figura del crimen internacional del Estado. En efecto, la violación grave de estas normas permite que cualquier Estado, haya o no sufrido un daño individual, reclame la responsabilidad internacional del Estado autor de la violación. Además, de acuerdo con lo previsto en su artículo 41, los Estados terceros deben actuar de un modo radical frente a la comisión de una violación grave de las obligaciones emanadas de normas imperativas:

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave (de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general).
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave (de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general) ni prestar ayuda o asistencia para mantener su situación

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad han emprendido un camino paralelo; a saber, la posibilidad de establecer una sanción penal internacional contra las personas mismas que han perpetrado un crimen contra el medio ambiente⁵⁴.

⁵⁴ Esta idea fue retenida en el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que consideraba la producción de daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente como un crimen de guerra excepcionalmente grave (Artículo 22 d)) y como un crimen autónomo contra la humanidad (Artículo 26). En efecto, el Artículo 22 d) afirmaba que constituye un crimen de guerra excepcionalmente grave “la utilización de métodos o medios de guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que sea dado prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente”. El Artículo 26 afirmaba que “el que intencionalmente cause daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, u ordene que sean causados, será condenado, después de ser reconocido culpable”. *Anuario CDI 1991, II, 2ª Parte*, p. 105. Sobre las reducciones que estos artículos han experimentado ulteriormente en su

D. *La responsabilidad de los Estados por daños ambientales resultantes de actos no prohibidos por el Derecho internacional*

La Comisión de Derecho internacional de la Organización de las Naciones Unidas se ha ocupado también desde hace varios años de la llamada “responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”, que tiene una cierta vocación a aplicarse especialmente en el campo del Derecho internacional del medio ambiente⁵⁵.

La responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional no tiene lógicamente su fundamento en la noción de acto ilícito, sino en la del daño resultante de una actuación arriesgada; por ello la doctrina ha hablado a este respecto de la responsabilidad “por riesgo”⁵⁶. Entre las diversas razones que pueden contribuir a explicar la especial tendencia a la emergencia de esta noción en el terreno ambiental cabe citar, en primer lugar, la propia flexibilidad de la normativa sobre medio ambiente, que deja una amplia zona gris entre el blanco de lo lícito y el negro de lo ilícito; esta permisividad tiene su contrapartida lógica en el establecimiento de una garantía extraordinaria de responsabilidad para el caso de que el daño ecológico se produzca efectivamente⁵⁷. Con todo, la figura de la responsabilidad internacional por las consecuencias ecológicamente perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional responde esencialmente a la consideración del carácter particularmente peligroso de determinadas actividades; es lo que la doctrina jurídica anglosajona conoce con el nombre de *ultra-hazardous*⁵⁸ o *abnormally dangerous*

redacción ver: Ch. Tomuschat “Crimes Against the Environment” *Environmental Policy and Law*, 26/6 (1996) pp. 242-243.

⁵⁵ Cf. N. Torres Ugena. “Responsabilidad internacional y contaminación del medio ambiente”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 68, 1983, pp. 109-142.

⁵⁶ P.R. Cahier “Le problème de la responsabilité pour risque en droit international” en IHEI. *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, 1977, pp. 432 y ss.

⁵⁷ En este sentido ha escrito Goldie que: “A municipal system has sufficient authority to prohibit ultra-hazardous activities which are not socially beneficial. International law, on the other hand, is still largely a system of permissive and facultative norms. The practicality, therefore, of seeking to outlaw many activities which are not conducive to the general utility may be questioned. It would be more in keeping with the present stage of international law’s development to argue for the regulation of these activities, and for the imposition of stringent responsibilities and high maximum monetary levels of liability upon them. Hence, if they may not be prohibited, their potentiality for harm can be reduced by the imposition of either strict liability or absolute liability.” L.F.E. Goldie, “Liability for Damage and the Progressive Development of International Law”, *JCLQ* 1965, p. 1221.

⁵⁸ W. Jenks. “Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law”, *RCADI*, 1966, I, Vol. 177, pp. 105-200.

*activities*⁵⁹. La idea que fundamenta este tipo de responsabilidad es que la peligrosidad inherente a ciertas actividades, que se sitúan en el límite de lo que el hombre domina y es capaz de controlar, debe llevar aparejada el establecimiento de una garantía extraordinaria, que asegure la reparación de los daños eventuales que tales actividades puedan producir. Entre estas actividades se cuentan, típicamente, las actividades espaciales, el uso de la energía nuclear, o el transporte masivo de hidrocarburos. Quien se adentre en estos terrenos difíciles, que entrañan peligros excepcionales para la salvaguardia del medio ambiente, debe hacerlo a su propio riesgo, asumiendo de antemano el compromiso de reparar cualesquiera daños ecológicos que pudieran resultar de su actuación. Bajo consideraciones de prevención y garantía subyace aquí un principio de justicia y equidad: ningún Estado debe pagar los daños ambientales derivados de riesgos extraordinarios creados por otros Estados. En definitiva, una vez más, el Derecho internacional del medio ambiente tiende a establecer un equilibrio compensatorio entre los intereses contrapuestos de quienes quieren realizar actividades ecológicamente peligrosas, y quienes buscan una garantía frente a sus eventuales consecuencias perjudiciales⁶⁰. El punto de equilibrio entre estos intereses contradictorios tiende así a situarse en el establecimiento de un régimen más estricto de responsabilidad, que obligara al Estado a reparar, en cualquier caso, los daños ecológicos derivados de tales actividades⁶¹. Los perfiles jurídicos básicos que caracterizan a la figura de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos pueden resumirse así: en primer lugar, esta responsabilidad responde a un efecto de mera

⁵⁹ Kelson. "State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity", 13 *Harvard LJ*. 1972, pp. 197 y ss.

⁶⁰ El profesor P. M. Dupuy ha subrayado en este sentido la tendencia manifestada en el Derecho internacional del medio ambiente hacia el establecimiento de estos sistemas de prevención y reparación de daños, mediante ciertos mecanismos jurídicos innovadores tales como las "transferencias financieras" o los "seguros mutuos" (*assurances mutualisées*). P.M. Dupuy. "La réparation des dommages causés aux nouvelles ressources naturelles", ADI. Colloque 1982, Le règlement des différends sur les nouvelles ressources naturelles, pp. 432-441. *Vide* también A. Ch. Kiss. "Le règlement des différends dans les conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement", *Ibid.*, p. 119.

⁶¹ Así lo explicó ya, en su día, el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho internacional encargado de hacer un informe sobre el tema: "Ciertos problemas, como los que se suscitan entre Estados ribereños, han dado lugar durante muchos años a discusiones doctrinales acerca de la naturaleza esencial de las normas jurídicas básicas. Se ha solido estimar que la evaluación de intereses antagónicos entraña la aplicación de un criterio de ponderación, esto es, un equilibrio entre los fines para los que serviría la forma de utilización del territorio de que se trate, y las consecuencias enojosas que esa utilización puede tener para otros Estados y sus nacionales. Por lo tanto, se ha tendido a concebir la obligación esencial de un Estado en tal contexto como una obligación de moderación, de atención o de debida diligencia, en lo tocante a sus propias actividades, o a las actividades privadas realizadas bajo su jurisdicción o su control." Informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional. Anuario CDI, 1978, II, 2ª Parte. p. 148.

causalidad material, cuyas consecuencias perjudiciales se producen sin que deba mediar culpa o negligencia alguna por parte del Estado. Por otro lado, su carácter “absoluto” excluye la toma en consideración de eventuales causas de exoneración; producido el daño ecológico, el Estado causante debe responder. Finalmente, el fundamento teórico y jurídico de esta institución se centra, como su propia denominación indica, no ya en la idea de la responsabilidad por la violación de una obligación internacional, sino en el simple establecimiento de una garantía jurídica de reparación de los posibles daños resultantes de ciertas actividades no prohibidas, pero ecológicamente peligrosas.

La práctica diplomática da cuenta de algunos precedentes en los que se ha aplicado esta modalidad de responsabilidad internacional de los Estados, precisamente en supuestos relativos a daños de contaminación y otros daños ambientales. Así, por ejemplo, el incidente del pesquero japonés *Lucky Dragon*⁶² en 1954, o el accidente del satélite Cosmos 954 soviético⁶³ en 1979, constituyen dos casos notorios de satisfacción de una responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional. En efecto, como ha señalado la doctrina especializada⁶⁴, en estos y en otros casos similares, las indemnizaciones pecuniarias satisfechas por los gobiernos responsables aparecían sustentadas —más allá de las declaraciones expresas— en una creciente convicción de obligatoriedad (*opinio iuris*). Por otra parte, este tipo de responsabilidad internacional objetiva ha sido proclamado en diversos tratados relativos a la responsabilidad civil por daños ambientales, en los campos de las actividades aeronáuticas⁶⁵, del uso de la energía nuclear⁶⁶ y de la contaminación

⁶² En 1954 el Gobierno de los Estados Unidos pagó 2 millones de dólares como compensación por los daños causados por la radiactividad, derivada de las pruebas nucleares americanas en la zona del Pacífico, a 53 pescadores del barco japonés *Lucky Dragon*, uno de los cuales resultó muerto. Cf. Settlement of Japanese Claims for Personal and Properties Damages Resulting from Nuclear Tests in the Marshal Islands in 1954. TIAS n° 3160. Cf. V. Nanda. “The Establishment of International Standards for Transnational Environmental Injury”, 60 *Iowa Law Review*, 1975, pp. 1089-1125.

⁶³ El accidente del satélite soviético produjo la caída de residuos radiactivos sobre la Tierra, principalmente en Canadá. El Gobierno de la URSS aceptó la reclamación canadiense, basada en la idea de la responsabilidad “absoluta” o “estricta” y pagó 2,5 millones de dólares como indemnización. Cf. Galloway, “Nuclear - Powered Satellites: The USSR Cosmos 954 and the Canadian Claim”, 12 *Akron Law Review*, 1979, pp. 401, 413; L.F.E. Goldie. “International Principles of Responsibility for Pollution”, 9 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1970, pp. 283; 309.

⁶⁴ Cf. V. Nanda. *op. cit.*, p. 1098.

⁶⁵ Ver: A. Marín LÓPEZ. “Aspectos actuales de la responsabilidad internacional”. Homenaje al profesor Miaja de la Muela, t. I, Madrid (Tecnos), 1979, p. 818.

⁶⁶ Convenio sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear, París 29 de julio de 1950; Convenio sobre responsabilidad de los explotadores de navíos nucleares, Bruselas 25 de mayo 1962; Convenio sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena 21 de mayo de 1963;

del mar por hidrocarburos⁶⁷. Pero, por lo que se refiere a la responsabilidad de los Estados, el único Convenio que establece una responsabilidad por actos no prohibidos es el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 29 de marzo de 1972, establece en su Artículo 2 que:

“Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo”⁶⁸.

En general, cabe decir que la doctrina internacionalista considera que la responsabilidad objetiva o sin acto ilícito solamente se da cuando está establecida en un convenio que lo prevé expresamente. Sin embargo, la figura de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos continúa en la agenda de trabajo de la CDI, aunque constituye uno de sus capítulos más difíciles⁶⁹. A la vista de los problemas de fondo que obstaculizaban avanzar con éxito por el camino iniciado, la CDI decidió concretar el trabajo de codificación, centrándose en la definición de las reglas primarias sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y dejando para un momento ulterior el examen de la responsabilidad eventual que pudiera suscitarse en caso de daños resultantes de las mismas. El 1 de agosto de 2001, la CDI adoptó un proyecto de artículos titulado “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” que en el año 2007 fue remitido por la Asamblea General a los Gobiernos invitándoles a presentar observaciones⁷⁰. En el año 2006, la Comisión de Derecho Internacional concluyó un “Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas” que la Asamblea General señaló a la atención de los gobiernos⁷¹.

Convenio sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de substancias nucleares, Bruselas, 17 de diciembre de 1971 (Textos en A. De Los Santos Lasurtegui, Problemas jurídicos de la energía nuclear, vol. II, Legislación, Madrid, 1964, pp. 277 y ss.)

⁶⁷ Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños de contaminación por hidrocarburos Bruselas, 1969; Convenio sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Bruselas, 18 diciembre 1971. Convenio sobre responsabilidad civil por los peligros de la contaminación por hidrocarburos, resultante de la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, Londres, 1 mayo 1977. Ver: M. Castillo Daudí. La contaminación del mar por hidrocarburos ante el Derecho internacional, Tesis doctoral, Valencia, 1973

⁶⁸ Cf. Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales AG. Res. 2777 (XXVI) de 29 de noviembre de 1971, entrado en vigor el 1 octubre 1972.

⁶⁹ Ver: J. Barboza, *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Netherlands (Nijhoff) 2011.

⁷⁰ A/RES/62/68, de 6 de diciembre de 2007.

⁷¹ A/RES/61/36, de 4 de diciembre de 2006.

En este punto, hay que destacar que en los trabajos de codificación sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y sobre asignación de la pérdida en caso del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la CDI ha limitado la aplicación de sus disposiciones únicamente a los “daños transfronterizos” causados a los espacios sometidos a la soberanía o jurisdicción de otro Estado y no a las zonas situadas más allá de la jurisdicción nacional⁷². Esta toma de posición de la CDI no constituye ciertamente un modelo de coherencia legislativa y resulta contraria a las afirmaciones de la CIJ que, en su dictamen de 1996 relativo a la licitud de las pruebas nucleares, afirmó que “la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades bajo su jurisdicción y control respetan el medio ambiente ... de áreas más allá de la jurisdicción nacional forma ya parte del corpus del Derecho internacional ambiental”⁷³.

En la actualidad, la Comisión de Derecho Internacional, a solicitud de la Asamblea General, continúa trabajando sobre el tema de la “prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño”.

IV. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La solución de controversias internacionales en materia ambiental pasa necesariamente por la aplicación de los principios generales del Derecho internacional que rigen en este campo: a saber, obligación de los Estados de resolver sus controversias exclusivamente por medios pacíficos y libertad de elección del medio de solución determinado de común acuerdo. Sin embargo, el capítulo relativo a la solución de controversias ambientales internacionales presenta ciertas particularidades que responden a los condicionamientos estructurales del sector.

A. Procedimientos establecidos en los convenios ambientales

La mayoría de los convenios ambientales existentes contienen disposiciones sobre la solución de las controversias que siguen las pautas habituales en este ámbito. Desde una perspectiva formal cabe subrayar que las disposiciones relativas a la solución de controversias se contienen generalmente en anexos a los Convenios, que suelen ser considerablemente minuciosos, y, en algunas ocasiones, incluso en Protocolos adicionales consagrados especialmente a este punto. Desde

⁷² En efecto, el “daño transfronterizo” se define como “el daño causado en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen” (Art. 2 c).

⁷³ CIJ, Reports 1996, par. 29.

una perspectiva más substantiva cabe también señalar, como ha hecho el profesor Rey Caro, que el panorama general en materia de solución de controversias aparece caracterizado por su fragmentación y falta de uniformidad:

“La fragmentación producida en la lucha por la protección y conservación del medio ambiente ha sido consecuencia de la ausencia de una perspectiva global. La acción depredatoria del hombre se ha manifestado de forma progresiva, afectando primero determinadas áreas, desarrollándose gradualmente la conciencia de la imprescindibilidad de medidas intergubernamentales que pusieran límites y sancionaran esas conductas. Esta falta de contemporaneidad ha determinado que la tarea normativa se haya concretado en tratados, acuerdos y resoluciones de organizaciones internacionales adoptados en diferentes épocas, sectorializando las respuestas jurídicas. De allí que los sistemas de solución de controversias carezcan de uniformidad”⁷⁴.

La principal característica de los regímenes convencionales para la solución de controversias internacionales en materia ambiental es la gran diversidad de medios contemplados, ya que los Estados pretenden guardar una amplia libertad de elección respecto de los medios a utilizar. En efecto, como ha subrayado el profesor Kiss, “son escasos los instrumentos que no prevén múltiples opciones posibles”, marcándose “una clara preferencia por los órganos y procedimientos *ad hoc*, establecidos para las necesidades del caso”⁷⁵. El examen comparativo de los convenios ambientales en los que se establecen disposiciones sobre la solución de controversias permite establecer algunas conclusiones elementales. En general, se contempla la posibilidad del arreglo jurisdiccional ya sea con carácter exclusivo o, más generalmente, en combinación con otras posibilidades opcionales y siempre con carácter voluntario. También aparece con claridad la preferencia de los Estados por el arbitraje sobre el recurso al Tribunal Internacional de Justicia, contemplado, sin embargo, en algunos instrumentos convencionales.

Por lo que respecta al arbitraje, normalmente modelado sobre las fórmulas generales vigentes en la materia, debe subrayarse la innovación establecida en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 tendente a configurar un arbitraje especializado, mediante tribunales compuestos por expertos con conocimientos particulares en materia ambiental. El Artículo 287 de la Convención prevé así, *inter alia*, la posibilidad de los Estados de elegir “un tribunal arbitral especial, constituido de conformidad con el Anexo VIII para una o varias de las categorías de controversias”, entre las que se encuentran las relativas a la protección y preservación del medio marino (PNUMA) y las relativas a la nave-

⁷⁴ E. Rey Caro. “Reflexiones sobre los medios y procedimientos para la solución de controversias en el Derecho internacional del medio ambiente”, Revista de la Facultad, Re. Argentina, N° 1, vol. 1, 1993, pp. 103-104.

⁷⁵ A. Ch. Kiss. “Le règlement des différends dans les conventions multilatérales relatives à la protection de l’environnement”. ADI, Colloque 1982, pp. 126.

gación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento (OMI)⁷⁶. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de La Haya ha establecido también una Lista de expertos en materia ambiental, a los efectos de configurar la composición de los Tribunales arbitrales elegidos por la Partes⁷⁷.

La misma tendencia se ha manifestado en relación con un procedimiento de arreglo que, sin haber alcanzado las dimensiones del arbitraje, ha merecido un espacio no desdeñable en los convenios internacionales relativos a la protección del medio ambiente: la conciliación. En efecto, la conciliación a través de una comisión compuesta por especialistas, aparece ya *sans se dire* en el Convenio de Viena de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares y, más claramente, en el Convenio de Bruselas de 1969 sobre intervención en alta mar en caso de accidente de contaminación por hidrocarburos. De acuerdo con lo previsto en el Artículo 8 del Convenio sobre intervención, la comisión de conciliación estará compuesta por tres miembros, seleccionados de una lista de personas establecida previamente y mantenida al día por la Organización marítima internacional⁷⁸. En la misma línea se sitúa la propuesta del Comité Jurídico Interamericano de 1989 para la solución de las controversias entre los Estados del Continente relativas a la contaminación transfronteriza⁷⁹.

B. Práctica en la materia: preferencia por los procedimientos de solución alternativos

El examen de la práctica muestra que los procedimientos contenciosos de solución de controversias contemplados en los convenios internacionales han sido poco utilizados hasta el momento. La relativa escasez de práctica judicial y arbitral en la materia no deriva, en modo alguno, de la inexistencia de conflictos internacionales de contenido ambiental. Su razón principal es que las características estructurales de este sector hacen difícil que las controversias se materialicen en términos jurídicos o, en todo caso, que se sometan a los procedimientos formales de solución jurisdiccional. El predominio de las normas de *soft law*, la preferencia

⁷⁶ Ver. CNUDM, Art. 287 d) y Anexo VIII, Art. 2, 1. Se establecerá y mantendrá una lista de expertos (dos por Estado Parte) en cada una de las siguientes materias: 1) pesquerías (FAO), 2) protección y preservación del medio marino (PNUMA), 3) investigación científica marina (COI) y 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento (OMI).

⁷⁷ M. Badenes Casino, (2005), "La Corte Permanente de Arbitraje: Una institución decimonónica en el siglo XXI." en Bou Franch, V. (coord.), *Nuevas Controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 13-66.

⁷⁸ Ver. A. Ch. Kiss. "Le règlement ... cit.", pp. 124-125.

⁷⁹ E. Rey Caro. *Op. cit.*, p. 120.

por los sistemas de reparación de naturaleza privada o civil y la tendencia endémica a evitar la puesta en causa de la responsabilidad internacional de los Estados, pueden explicar la desactivación operativa de los mecanismos de solución de controversias establecidos en los instrumentos convencionales.

En general, la escasez del recurso a los procedimientos formales de solución de controversias establecidos en los diversos instrumentos internacionales ha propiciado la utilización de otros procedimientos más discretos organizados en el seno de los convenios de que se trata. En este contexto, como ya hemos visto, los convenios ambientales suelen incluir procedimientos para la verificación del cumplimiento de sus disposiciones que, de hecho, substituyen con ventaja a los mecanismos tradicionales de solución de controversias⁸⁰. En todo caso, como ha señalado Tulio Treves, los mecanismos para la verificación del cumplimiento y los procedimientos de solución de controversias coexisten en la mayoría de estos tratados. Por ello, cabe concluir que su aplicación no es en modo alguno excluyente y que puede recurrirse sucesivamente a uno y otro método para garantizar la aplicación efectiva de las obligaciones establecidas en los convenios ambientales⁸¹.

Puede concluirse así, parafraseando al profesor Rey Caro, que los mecanismos de solución de controversias existentes deben perfeccionarse y también crearse nuevos procedimientos, pues “de la bondad y eficacia de ellos dependerá la credibilidad y el robustecimiento del ordenamiento jurídico”⁸².

C. *¿Hacia un Tribunal Internacional especializado?*

La tendencia a la especialización de la justicia ambiental se inició con la creación de una Sala Especial permanente del Tribunal Internacional de Justicia para asuntos de medio ambiente el 19 de julio de 1993 compuesta por siete magistrados⁸³. En el comunicado anunciando la creación de esta Sala se hacía mención al aumento considerable de asuntos con implicaciones ambientales pendientes ante el Tribunal y de la necesidad de que éste se dotara de los cauces adecuados para

⁸⁰ Ver el resumen de estas ventajas en G. Handl. “Compliance Control Mechanisms and International Environmental Obligations”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, Spring 1997, pp. 34-35. De acuerdo con Eli Louka, lo que diferencia esencialmente los procedimientos de verificación del cumplimiento de los mecanismos de solución de controversias es su orientación multilateral (*erga omnes* partes) y no bilateral, su orientación hacia el futuro y no hacia el pasado y su carácter “no adversarial”. E. Louka, *op. cit.*, p. 128.

⁸¹ Ver. T. Treves, “The Settlement of Disputes and Non-Compliance Procedures”, en T. Treves *et al* (Editors) *Non compliance procedures ... cit*”, pp. 499-518.

⁸² E. Rey Caro. *op. cit.*, p. 121.

⁸³ Esta fue la primera Sala especializada constituida en el seno del Tribunal de La Haya en aplicación de lo previsto en el Artículo 26 (2) de su Estatuto.

responder al presumible aumento de los casos de esta naturaleza sometidos a su jurisdicción:

“En vista de la evolución que se ha producido en los últimos años en el campo del Derecho del medio ambiente y de su protección y considerando que debe estar preparado lo mejor posible para entender de cualquier asunto ambiental sometido a su jurisdicción, el Tribunal ha considerado apropiado establecer una Sala de siete miembros para asuntos de medio ambiente”⁸⁴

La constitución de la Sala especial del TIJ para asuntos de medio ambiente no tuvo la *vis atractiva* que se suponía en el momento de su creación por lo que en el año 2006 se puso fin a su existencia sin que en sus trece años de vida hubiera tenido ocasión de conocer de ningún caso. Sin embargo, como vimos en el capítulo anterior, el fracaso de la Sala especializada en asuntos de medio ambiente coincidió en el tiempo con un aumento significativo de los litigios ambientales sometidos a la Corte en su formación plenaria⁸⁵. Así, la jurisprudencia internacional se ha enriquecido con varias sentencias y dictámenes de la Corte Internacional de Justicia que hacen concebir esperanzas sobre el fin de una sequía judicial que ha durado ya demasiado tiempo⁸⁶.

Mientras esta evolución se consolida, se han llevado a cabo otros esfuerzos encaminados a crear un Tribunal Internacional del Medio Ambiente, en el marco de las Naciones Unidas, configurado como un instrumento judicial especializado, particularmente pertrechado para resolver asuntos de esta naturaleza. La cuestión está vinculada al tema de la proliferación de tribunales internacionales y la fragmentación del Derecho internacional, que ha constituido uno de los caballos de batalla doctrinales más importantes en los últimos tiempos⁸⁷. En general, los autores más cualificados se han mostrado contrarios, o al menos muy tibios, respecto a la conveniencia de establecer una Corte internacional especializada en materia de medio ambiente⁸⁸. Ello no ha impedido, sin embargo, que el debate se mantenga vivo y que se hayan sucedido distintas iniciativas, generalmente pro-

⁸⁴ Communiqué of the International Court of Justice, 19 July 1993 (traducción). Los siete jueces inicialmente designados en virtud de sus especiales conocimientos, especialización o experiencia anterior, como requiere el Art. 16 (2) de las Reglas de Procedimiento del Tribunal de 1978, fueron: Scwebel, Bedjaoui, Evensen, Shahabunddeen, Weeramanntry, Ranjeva y Herczegh.

⁸⁵ Ver: J. Juste Ruiz, “The International Court of Justice and International Environmental Law” en N. Boschiere et al. (Editors) *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*. Springer, pp. 383-401.

⁸⁶ Ver *Supra*, Cap. 3, V, A.

⁸⁷ Ver: Ángel J. Rodrigo - Caterina García (editores), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional*. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona 21-22 de mayo de 2009. Madrid (Tecnos) 2011.

⁸⁸ Ver Sir R. Jennings: “Need for Environmental Court?”, *Environmental Policy and Law* (Bonn), 1992-5/6, pp. 312-314.

venientes de organizaciones no gubernamentales, para el establecimiento de un Tribunal internacional especializado en asuntos de medio ambiente⁸⁹. Partiendo de la consideración de la existencia de un derecho humano al medio ambiente, el Tribunal Internacional del Medio Ambiente cuya creación se propone debería cumplir funciones judiciales y para-judiciales (tales como funciones preventivas, consultivas, conciliatorias y educativas) y estar abierto a la presentación de demandas de los particulares (a la manera del Tribunal Europe de Derechos Humanos de Estrasburgo).

Mientras estas iniciativas se suceden, la práctica diplomática se muestra poco receptiva a la posibilidad de establecer un nuevo tribunal especializado en materia de medio ambiente. En los trabajos preparatorios de la Conferencia de Río +20 sobre desarrollo sostenible se barajó la posibilidad de proponer la creación de una institución de esta naturaleza. Sin embargo, el tema no progresó suficientemente y el documento final de la Conferencia, titulado “El futuro que queremos”, no hace ninguna referencia a la posible creación de un Tribunal internacional especializado en materia de medio ambiente.

⁸⁹ Uno de los adalides de esta iniciativa es el juez del Tribunal Supremo italiano Amedeo Postiglione, que publicó en 1992 un libro en el que se incluye el texto del proyecto de estatutos de una Agencia Internacional del Medio Ambiente y de un Tribunal Internacional del Medio Ambiente: *The Global Village Without Regulations. Ethical, Economical, Social and Legal Motivations for an International Court of the Environment*, Firenze (Giunti) 1992. Ver también: A. Postiglione, “An International Court for the Environment?”, *Environmental Policy and Law*, 1993-2, pp. 73-78, y A. Postiglione (Ed.): *Per un Tribunale internazionale dell’ambiente*, Milán (Giuffrè), 1990.

Capítulo 5

EL RÉGIMEN INTERNACIONAL PARA COMBATIR EL CAMBIO CLIMÁTICO

I. CONTAMINACIÓN DE LA ATMÓSFERA Y CAMBIO CLIMÁTICO

Los problemas derivados de la contaminación atmosférica comenzaron a detectarse en los años 70 del pasado siglo con el fenómeno denominado “lluvia ácida” al que siguió en los años 80 la destrucción de la capa de ozono. Los instrumentos jurídicos adoptados para combatir estos problemas permitieron contener las consecuencias más preocupantes de los mismos, introduciendo principios y métodos de acción innovadores para su regulación¹.

En la última década del pasado siglo se tomó conciencia de un nuevo problema que fue bautizado como “calentamiento global” (*global warming*) o “cambio climático”. Se trata de un fenómeno de calentamiento progresivo de la atmósfera que resulta incrementado por las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero (GEI). Los gases de efecto invernadero se producen principalmente por el uso de combustibles fósiles, tales como el carbón, el petróleo y el gas natural, que constituyen las fuentes de energía mayormente utilizadas a escala mundial. El Grupo intergubernamental sobre el cambio climático (IPCC) adoptó en el año 2007 su cuarto informe de evaluación en cuyas conclusiones ratificaba que el cambio climático constituye una realidad incuestionable, que su origen se debe al menos en parte a las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y que hay que contemplar reducciones más severas de las mismas para responder al desafío planteado². El 7 de

¹ Las reglas para combatir la “lluvia ácida” se establecieron en el Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, Ginebra 13 de noviembre de 1979, completado hasta hoy por siete Protocolos adicionales. Para responder al problema del deterioro de la capa de ozono se adoptó la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, de 22 de marzo de 1985, al que siguió el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 17 de septiembre de 1987.

² El Grupo Intergubernamental sobre la evolución del clima (*Intergovernmental Panel on Climatic Change-IPCC*) se creó en Ginebra, en noviembre de 1988, como fruto de la cooperación entre el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Consejo Internacional de Uniones Científicas (ICSU), para la realización de estudios científicos que hicieran posible la comprensión del problema del efecto invernadero y de sus implicaciones sobre el clima. La misión del IPCC es proporcionar valoraciones científicas coordinadas a escala internacional del alcance, de la cronología y de los efectos potenciales de la evolución del clima sobre el medio ambiente y sobre las condiciones socio-económicas.

junio de 2013 el Grupo de Trabajo I del IPPC adoptó su proyecto de contribución al quinto informe final que confirma y amplía las conclusiones anteriores³.

Los efectos probables del cambio climático incrementado por las emisiones de GEI resultan especialmente temibles no solamente por la envergadura de sus impactos sino por el carácter relativamente indeterminado y aleatorio de los mismos. Como ha resumido Saura Estapa⁴, algunos cambios son casi automáticos: corrimiento de la regiones climáticas entre 200 y 600 km hacia los polos y consiguiente incremento del fenómeno de la desertificación; aumento del nivel del mar entre 15 y 95 centímetros y consiguiente hundimiento de zonas costeras muy planas y de muchas islas y atolones, especialmente en el océano Índico y el Pacífico; variación de los regímenes de lluvias y vientos en grandes áreas del mundo; intensificación de los fenómenos climáticos extremos; ampliación, en latitud y altura, del alcance de enfermedades tropicales como la malaria, el cólera o el dengue ... En su memoria para la asamblea del milenio, celebrada en septiembre de 2000, el Secretario General de las Naciones Unidas señalaba que:

“En la actualidad se observan ya algunos indicios que hacen presagiar este futuro. Con la aceleración de la tendencia al recalentamiento de la atmósfera, los cambios del tiempo se han hecho más volátiles y extremos, mientras que se han agravado notablemente los desastres que relacionados con el clima. Sólo en 1998, el costo de los desastres naturales superior supero al de toda la década de los de 1980. Este año murieron decenas de miles de personas, en su mayoría pobres, y se calcula que unos 25 millones de “refugiados ambientales” tuvieron que abandonar sus hogares”⁵.

Para combatir este preocupante problema se ha adoptado el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y su protocolo de Kioto de 1997. Como veremos a continuación, estos instrumentos han diseñado mecanismos jurídicos innovadores que, además de establecer un régimen de asimetría convencional, combinan el rigor de las obligaciones de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero impuestas a los países desarrollados con la flexibilidad de los mecanismos que estos pueden utilizar para cumplir con sus compromisos.

³ IPCC. The final draft Report, dated 7 June 2013, of the Working Group I contribution to the IPCC 5th Assessment Report “Climate Change 2013: The Physical Science Basis” was accepted but not approved in detail by the 12th Session of Working Group I and the 36th Session of the IPCC on 26 September 2013 in Stockholm, Sweden. It consists of the full scientific and technical assessment undertaken by Working Group I.

⁴ J. Saura Estapa, *El cumplimiento del Protocolo de Kioto sobre cambio climático*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2003, pp. 14-16.

⁵ Ver: Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI. Informe del Secretario General, Doc. A/54/2000, de 27 de marzo de 2000, pág. 266

II. LA CONVENCION MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO DE 1992

La Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático fue adoptada el 9 de mayo de 1992⁶. Entró en vigor el 21 de marzo de 1994 al reunir 15 instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión, conforme a lo dispuesto en su artículo 23. Actualmente son Partes en la Convención 195 Estados y la Unión Europea⁷.

La Convención trata de establecer un marco normativo e institucional para afrontar el problema del cambio climático, enunciando los objetivos, principios y compromisos básicos y creando el aparato institucional necesario.

El objetivo de la Convención, que se enuncia en su Art. 2, es relativamente modesto e impreciso, pues solo trata de “estabilizar” las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático “en un plazo suficiente” para permitir la adaptación al cambio climático que se produzca⁸.

Las medidas que adopten las Partes para lograr este objetivo deben inspirarse en los principios, que se enuncian en el Artículo 3 entre los que figura la protección del sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras⁹, las responsabilidades comunes pero diferenciadas de las Partes¹⁰, la aplicación del principio de precaución¹¹, el derecho al desarrollo sostenible¹² y la promoción de

⁶ Ver: “Convention on Climate Change Signed”, *Environmental Policy and Law*, 1992-4, pp. 207-208. W. Lang - H. Schally, “La Convention cadre sur les changements climatiques. Un élément du bilan normatif du Sommet de la Terre: la CNUED”. *RGDIP* 1993-2, pp. 324-325).

⁷ España ratificó la Convención en 1994 (*B.O.E.* de 1 de febrero de 1994). En esta fecha eran Parte en la Convención ciento sesenta y seis Estados y la Comunidad Europea.

⁸ La Convención explica que por “cambio climático” se entiende “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables” (artículo 1.2) y por “gases de efecto invernadero” se entiende “aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y remiten radiación infrarroja” (art. 1.5).

⁹ Sobre el tema de la equidad intergeneracional ver: A. D’Amato, “Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment?”, *A.J.I.L.*, 1990, pp. 190-198; E. Brown Weiss, “Intergenerational Equity: A Framework for Global Environmental Change”, *Environmental Change and International Law*, Tokyo (United Nations University Press), 1992, pp. 385-412 y “Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment”, *A.J.I.L.*, 1990, pp. 198-207; L. Gundling, “Our Responsibility to Future Generations”, *Ibid.* pp. 207-212.

¹⁰ Conforme al principio 7 de la Declaración de Río.

¹¹ Conforme al principio 15 de la Declaración de Río.

¹² El principio 3 de la Declaración de Río consagra este principio en los siguientes términos: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

un sistema económico internacional abierto y propicio de tal modo que las medidas adoptadas para combatir el cambio climático no deberían constituir un medio de discriminación ni una restricción encubierta al comercio internacional¹³. En esta enumeración se echa en falta una referencia al principio de “internalización de los costos ambientales” o de que “quien contamina paga”, así como al uso de instrumentos económicos y de mercado, ya que estos elementos económicos juegan un papel importante en la aplicación de la Convención y sus instrumentos jurídicos conexos, especialmente en lo que concierne a los “instrumentos de flexibilidad” contemplado en el Protocolo de Kioto.

Los compromisos de las Partes se enuncian en el artículo 4 que establece un régimen asimétrico de obligaciones y derechos formulando compromisos diferenciados para las diversas categorías de Partes identificadas en la propia Convención.

Los compromisos que deben asumir todas las Partes en la Convención son obligaciones mínimas de carácter genérico y no implican compromisos concretos más allá de la realización de inventarios nacionales de las emisiones de GEI, la aplicación de programas que contengan medidas para mitigar el cambio climático, la promoción de tecnologías, prácticas y procesos que mejoren las emisiones, la conservación y el reforzamiento de los sumideros¹⁴, la adaptación al cambio climático, y la promoción y apoyo de la investigación científica¹⁵, de la educación y de la sensibilización del público respecto del cambio climático¹⁶

Los compromisos de las Partes que son países desarrollados, enumeradas en el Anexo I¹⁷, añaden obligaciones de reducción de las emisiones que implican, en concreto, que dichas Partes deben volver a los niveles de emisión de gases de efecto invernadero que cada uno de ellos tuviera en el año 1990, antes del final del decenio (es decir en el año 2.000). La Convención también indica que las Partes en el Anexo I podrán aplicar tales políticas y medidas conjuntamente con “otras Partes” y podrán ayudar a “otras Partes” a contribuir a este objetivo y al objetivo de la Convención, sin especificar si se trata de otras Partes en el Anexo I u otras Partes de la Convención en general¹⁸. La denominada “aplicación conjunta” de las políticas y medidas correspondientes de mitigación del cambio climático

¹³ Conforme al principio 12 de la Declaración de Río.

¹⁴ Art. 1, 8: Por “sumidero” se entiende cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera.

¹⁵ Ver también el artículo 5 de la Convención.

¹⁶ Ver también el artículo 6 de la Convención.

¹⁷ Las 41 “Partes desarrolladas” que figuran en el Anexo I son 27 países desarrollados de economía de mercado, 13 países en transición a una economía de mercado, y la Comunidad Europea.

¹⁸ Convención, Art. 4.2.a).

constituye, precisamente, uno de los problemas más complejos que planteaba la Convención y suscitó un gran debate doctrinal¹⁹. Consciente de estas dificultades, la Convención establece que la Conferencia de las Partes, en su primer periodo de sesiones, adoptará criterios para la aplicación conjunta de las políticas y medidas de que se trata.

Los compromisos de las Partes que son países desarrollados que figuran en el Anexo II²⁰ consisten esencialmente en proporcionar recursos financieros “nuevos y adicionales” para cubrir la totalidad de los gastos convenidos que efectúen las Partes que son Países en desarrollo para cumplir sus obligaciones de transmitir información de acuerdo con la Convención²¹, ayudar a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costos que entrañe su adaptación a esos efectos adversos²² y promover, facilitar y financiar la transferencia de tecnologías y conocimientos prácticos ambientalmente sanos, o el acceso a ellos a otras Partes, especialmente a las Partes que son países en desarrollo, a fin de que puedan aplicar las disposiciones de la Convención²³.

La Convención establece un aparato institucional compuesto por: la Conferencia de las Partes (CP)²⁴, el Órgano subsidiario de asesoramiento científico y tecnológico (OSACT)²⁵, el Órgano subsidiario de ejecución (OSE)²⁶, el Mecanismo de financiación (MF)²⁷ y la Secretaría²⁸.

III. EL PROTOCOLO DE KIOTO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997

El Protocolo de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático se adoptó formalmente en el curso del tercer periodo de sesiones de

¹⁹ Ver: R. Loske - S. Oberthür, “Joint Implementation Under the Climate Change Convention”, *International Environmental Affairs* (New England), 1994-1, pp. 45-58; S. Oberthür, “Discussions on Joint Implementation and the Financial Mechanism”, *Environmental Policy and Law*, 1993-6, pp. 245-249. J. Davis et al. “The Framework Convention on Climate Change: Joint Implementation of Commitments”, artículo inédito.

²⁰ Las 24 “Partes desarrolladas” que figuran en el Anexo II, son 23 países desarrollados de economía de mercado y la Comunidad Europea.

²¹ Convención, Art. 4.3.

²² Convención, Art. 4.4.

²³ Convención Art. 4.5.

²⁴ Convención, Art. 6

²⁵ Convención, Art. 9.

²⁶ Convención, Art. 10.

²⁷ Convención, Art. 11.

²⁸ Convención, Art. 8.

la Conferencia de las Partes, celebrada en Kioto (Japón), el 10 de diciembre de 1997²⁹. El Protocolo de Kioto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su Artículo 25, el 16 de febrero de 2005, una vez que fue suscrito por al menos 55 Partes en la Convención cuyas emisiones totales representaban por lo menos el 55% de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes en el Anexo I³⁰.

A. Aspectos generales

Actualmente las Partes en el Protocolo de Kioto son 192 (191 Estados y la Unión Europea). Entre estas Partes se encuentran todos los Estados que están sometidos a reducción o limitación de las emisiones de acuerdo con los porcentajes establecidos en el Anexo B, con la excepción de los Estados Unidos, que no ha ratificado el Protocolo, y de Canadá, que se retiró el 15 de diciembre de 2012. Esta ausencia es importante, tanto en términos políticos como por razones de eficacia del sistema, ya que los Estados Unidos emiten aproximadamente el 25% de los GEI a nivel mundial. El rechazo norteamericano a ratificar el Protocolo de Kioto resulta éticamente criticable, políticamente objetable y jurídicamente abusivo, aunque no puede ser impugnado de acuerdo con el derecho de los tratados³¹. Al final del proceso negociador, el texto adoptado no satisfizo las expectativas de la Administración estadounidense que decidió no ratificar el Protocolo³². Entre las razones que explican este rechazo cabe destacar las reticencias ante una aplicación que la administración americana considera exagerada del principio de responsabilidades diferenciadas, la voluntad de no dejar las decisiones sobre cues-

²⁹ Publicado en el BOE de 8 de febrero de 2005. Ver: P. Mc Givern, “Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change: Kioto Protocol. Introductory Note”, 37 *International Legal Materials* 22 (1998), pp. 22-29; L. Campbell, “Kioto Protocol on Climate Change adopted”, *ASIL Newsletter*, March-April 1998, p. 4; C. Breidenich et al. “The Kioto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change”, *American Journal of International Law*, 1998, vol. 92, pp. 315-331.

³⁰ La ratificación de Rusia, el 18 de noviembre de 2004, completó los porcentajes requeridos y posibilitó la entrada en vigor del protocolo el 16 de febrero de 2005.

³¹ El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se inspira en el principio tradicional según el cual un Estado no está obligado a ratificar un tratado en cuya negociación ha participado y que ha firmado, aunque debe abstenerse de actos que frustren su objeto y fin mientras que no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el mismo (Convenio de Viena, Art. 18, a). Hace algún tiempo circularon ciertas informaciones de que la Administración Bush estaba considerando revocar la firma del Protocolo de Kioto, decidida por el anterior Presidente Bill Clinton poco antes de expirar su mandato. No consta que esta irregular e insólita iniciativa, que carece de toda utilidad práctica y resulta políticamente criticable, haya sido finalmente llevada a término por los EE.UU.

³² En todo caso, resulta poco probable que el Protocolo de Kioto pudiera lograr el consentimiento del Senado de los EE.UU., que resulta necesario para la ratificación de los tratados de acuerdo con la Constitución americana.

tiones que pueden afectar profundamente la política económica del país en manos de instancias internacionales que escapan a su control y la falta de confianza en el buen funcionamiento del sistema establecido (considerado como demasiado complejo y excesivamente burocratizado). Los Estados Unidos han quedado así, por el momento, fuera de la disciplina del Protocolo de Kioto, aunque sus autoridades afirman que están realizando un esfuerzo paralelo para combatir el cambio climático, de acuerdo con sus propios criterios y metodologías, del que esperan obtener mejores resultados.

El Protocolo de Kioto persigue lograr los objetivos de la Convención mediante el establecimiento de un régimen regulador que, guiándose por los principios indicados en el artículo 3 de la misma, detalle las obligaciones precisas de las distintas categorías de Partes especialmente en lo que respecta a la reducción de las emisiones de GEI. A tal efecto, el Protocolo identifica en el Anexo A los seis gases de efecto invernadero cuya emisión se pretende reducir: dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆).

Conforme al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, los compromisos que afectan a todas las Partes en el Protocolo de Kioto constituyen obligaciones mínimas que se concretan en las actuaciones señaladas en el Artículo 10: la formulación de programas que contengan medidas para mitigar el cambio climático y para facilitar una adaptación adecuada al mismo; la realización y actualización periódica de inventarios nacionales de las emisiones antropogénicas por las fuentes y de la absorción por los sumideros de gases de efecto invernadero; la cooperación en la promoción y la transferencia de tecnologías, conocimientos especializados, prácticas y procesos ecológicamente racionales en lo relativo al cambio climático y la ejecución de programas de educación y capacitación³³ y la información sobre los programas y medidas adoptadas para hacer frente al cambio climático y sus repercusiones adversas, para limitar el aumento de las emisiones, incrementar la absorción por los sumideros y fomentar la capacidad y la adaptación³⁴.

Las obligaciones que el Protocolo de Kioto impone a las Partes desarrolladas enumeradas en el Anexo I de la Convención son adicionales a las asumidas por todas las Partes y resultan mucho más amplias y contundentes que las de los países en desarrollo. En efecto, solamente las Partes del Anexo I asumen la obligación específica de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, en los porcentajes establecidos para cada uno de ellas en el Anexo B del Protocolo, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 3, 1:

³³ Art. 10, c), d) y e).

³⁴ Art. 10 b) ii y f).

Las Partes incluidas en el anexo I se asegurarán, individual o conjuntamente, de que sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el anexo A no excedan de las cantidades atribuidas a ellas, calculadas en función de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones consignados para ellas en el anexo B y de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, con miras a reducir el total de sus emisiones de esos gases a un nivel inferior en no menos de 5% al de 1990 en el período de compromiso comprendido entre el año 2008 y el 2012.

.../...

Como se ve, el esfuerzo de limitación de las emisiones recae exclusivamente sobre las Partes incluidas en el Anexo I, que asumen el compromiso de reducir, individual o conjuntamente por lo menos un 5% de las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero, tomando como referencia los niveles de emisión de 1990, en el periodo de compromiso comprendido entre el año 2008 y 2012.

Las obligaciones específicas asumidas por las Partes en el Anexo II son adicionales a las anteriores y consisten esencialmente en proporcionar recursos financieros nuevos y adicionales para cubrir la totalidad de los gastos convenidos en que incurran las Partes que son países en desarrollo al llevar adelante el cumplimiento de los compromisos que les corresponden como Partes en la Convención³⁵ y en el Protocolo³⁶. Entre los compromisos susceptibles de financiación por las Partes en el Anexo II, que se detallan en el Artículo 11 del Protocolo, cabe destacar: los destinados a sufragar los costes operativos asumidos por los países en desarrollo y los destinados a facilitar recursos financieros para la transferencia de tecnología que necesiten las Partes que son países en desarrollo para sufragar la totalidad de los gastos adicionales convenidos que entrañe el llevar adelante el cumplimiento de sus compromisos³⁷.

Como puede observarse, el Protocolo de Kioto establece una disciplina reguladora que toma ampliamente en consideración el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, asignando compromisos particularmente contundentes a las Partes del Anexo I de la Convención, que asumen obligaciones cuantificadas de limitación y reducción de las emisiones en los porcentajes establecidos en el Anexo B del Protocolo, y a las Partes del Anexo II de la Convención, que sumen además compromisos destinados a financiar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los países en desarrollo. Por ello, con el fin de facilitar el

³⁵ Art. 3,1 de la Convención.

³⁶ Art. 10 a) del Protocolo

³⁷ Art. 11, 2 b). Esta disposición afirma también que “Al dar cumplimiento a estos compromisos ya vigentes se tendrán en cuenta la necesidad de que la corriente de recursos financieros sea adecuada y previsible y la importancia de que la carga se distribuya adecuadamente entre las Partes que son países desarrollados.”

cumplimiento de los compromisos de las Partes en el Anexo I, el Protocolo de Kioto institucionaliza diversos procedimientos que pueden ser utilizados para mitigar el rigor de las obligaciones asumidas, sin comprometer los objetivos de limitación y reducción de las emisiones.

B. Cumplimiento conjunto

El procedimiento de cumplimiento conjunto (CC) permite a las Partes que están obligadas a reducir sus emisiones de acuerdo con el Anexo B, concertarse para cumplir sus compromisos conjuntamente. De este modo, las Partes que celebren un acuerdo de cumplimiento conjunto podrán realizar las actividades tendentes a lograr las reducciones de la manera y en el lugar más conveniente y menos costoso para ellas. Obviamente, las reducciones a las que cada una de las Partes está obligada de acuerdo con el Anexo B deberán sumarse, a los efectos de determinar la reducción agregada a la que están obligadas conjuntamente, consignándose en el propio acuerdo el nivel de emisión respectivo asignado a cada una de ellas. El Artículo 4 del Protocolo describe este procedimiento en los términos siguientes:

Artículo 4

Se considerará que las Partes incluidas en el anexo I que hayan llegado a un acuerdo para cumplir conjuntamente sus compromisos dimanantes del artículo 3 han dado cumplimiento a esos compromisos si la suma total de sus emisiones antropógenas agregadas, expresadas en dióxido de carbono equivalente, de los gases de efecto invernadero enumerados en el anexo A no excede de las cantidades atribuidas a ellas, calculadas en función de los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones consignados para ellas en el anexo B y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3. En el acuerdo se consignará el nivel de emisión respectivo asignado a cada una de las Partes en el acuerdo.

Los procedimientos de cumplimiento conjunto pueden llevarse a cabo entre las Partes del Anexo I tanto mediante acuerdos particulares como en el marco de organizaciones regionales de integración económica, como es el caso de la Unión Europea³⁸. En el supuesto de los acuerdos particulares de cumplimiento conjunto entre Partes del Anexo I, si las Partes en dicho acuerdo no logran el nivel total combinado de reducción de las emisiones fijado para ellas, cada una de las Partes en el mismo será responsable del nivel de sus propias emisiones establecido en el acuerdo³⁹. En el caso de que las Partes que actúan conjuntamente en el marco de una organización regional de integración económica y junto con ella no logren el nivel total combinado de reducción de las emisiones fijado para ellas, cada Estado miembro de esa organización regional será responsable del nivel de sus propias

³⁸ Art. 4, 4.

³⁹ Art. 4, 5.

emisiones en forma individual y conjuntamente con la Organización⁴⁰. Toda modificación de la composición de la organización tras la aprobación del Protocolo no incidirá en los compromisos ya vigentes en virtud del mismo y se tendrá en cuenta únicamente a los efectos de los compromisos que se contraigan después de esa modificación⁴¹.

En aplicación de lo previsto en el Artículo 4 del Protocolo de Kioto, la Comunidad Europea y sus Estados miembros acordaron proceder al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos. A tal efecto, el 17 de junio de 1998 se adoptó un acuerdo interno sobre el reparto de la carga⁴², que fue confirmado al aprobar el Protocolo de Kioto mediante la Decisión 2002/358/CE de 25 de abril de 2002⁴³, configurando lo que ha dado en denominarse la “burbuja” europea. En su virtud, la Comunidad Europea (formada entonces por *quince* Estados) procedió a asumir conjunta y solidariamente con los Estados Miembros el compromiso de reducción de emisiones del 8% previsto por el Protocolo de Kioto para el primer periodo de cumplimiento, distribuyendo la carga entre sus Estados Miembros con arreglo al siguiente reparto:

Emisiones permitidas respecto del año de referencia (1990) Aumento o reducción

Alemania 79%	-21%
Áustria 87%	-13%
Bélgica 92.5%	-7.5%
Dinamarca 79%	-21%
España 115%	+15%
Finlandia 100%	0%
Francia 100%	0%
Grecia 125%	+25%
Irlanda 113%	+13%
Italia 93.5%	-6.5
Luxemburgo 72%	-28
Países Bajos 94%	-6%
Portugal 127%	+27%

⁴⁰ Art. 4, 6.

⁴¹ Art. 5, 4.

⁴² Este acuerdo fue comunicado a la Secretaría de la CMNUCC durante la VIII Sesión de la Conferencia de las Partes, el 12 de junio de 2002.

⁴³ Decisión del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo (2002/358/CE). DO L 130, de 15,5, 2002, p. 1.

Emisiones permitidas respecto del año de referencia (1990) Aumento o reducción

Suecia 104%	+4%
Reino Unido 87.5%	-12.5
TOTAL UE (15) 92%	-8%

La ulterior ampliación de la UE a 25 Estados, efectiva desde el 1 de mayo de 2004, y luego a 27, desde el 1 de enero de 2007, no ha modificado formalmente esta situación. En aplicación de lo previsto en el propio Protocolo, la Comunidad y los 15 Estados Miembros en el momento de la aprobación del Protocolo de Kioto procederán al cumplimiento conjunto de los compromisos de reducción durante el primer periodo de compromiso de acuerdo con el “reparto de la carga” establecido. Por el contrario, los nuevos Estados miembros que se adhirieron después de 2002 no se integran en la burbuja comunitaria ni participan en el procedimiento de cumplimiento conjunto, conservando, por tanto, su responsabilidad individual en el cumplimiento de los compromisos de limitación de las emisiones asignadas a cada uno de ellos por el Protocolo de Kioto hasta el año 2012⁴⁴. Chipre y Malta, que no son Partes del anexo I de la Convención, no tienen por ahora objetivos de reducción con arreglo a Kioto. El 23 de 4 abril de 2077 se adoptó la Decisión n° 46/2009/CE que redefine el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020, estableciendo una nueva tabla de reducciones aplicable a los 27 Estados miembros⁴⁵. La situación de Croacia, que fue admitida como Miembro de la UE el 5 de diciembre de 2011, se regula en un Protocolo específico del Acta de Adhesión⁴⁶.

⁴⁴ Así, los ocho Estados que se incorporaron en 2004 (Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, Eslovaquia y Eslovenia) reducirán el 8%, salvo Hungría y Polonia que reducirán el 6%, los que lo hicieron en 2007 (Bulgaria y Rumania) reducirán el 8%. Algunos autores sugieren que la exclusión de estos Estados de la “burbuja comunitaria” podría remediarse mediante diversos expedientes, como la creación de una “burbuja” implícita entre los 15 y los 10 nuevos Estados Miembros o la constitución de una “burbuja” separada entre los nuevos EM, permitiendo las transferencias de estos a la UE: ver: A. Michaelowa and R. Betz, “Implications of EU Enlargement on the EU Greenhouse Gas ‘Bubble’ and Internal Burden Sharing”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, Volume 1, Number 2/Abril 2001, pp. 267-279.

⁴⁵ Decisión n° 406/2009/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020. DO L 140 de 5, 6, 2009, p. 136 (tabla de porcentajes de reducción para cada Estado miembro en la p. 147)

⁴⁶ Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 5 de diciembre de 2011, relativa a la admisión de la República de Croacia a la Unión Europea, DO L 112 de 24, 4, 2012, p. 92.

La exclusión de los 18 nuevos Estados miembros de la “burbuja” europea establecida por la Decisión 2002/358/CE de 25 de abril de 2002 no impide en modo alguno su participación en los mecanismos del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión⁴⁷.

C. *Los mecanismos de flexibilidad*

Los denominados “mecanismos de flexibilidad” son procedimientos destinados a mitigar el rigor de las obligaciones asumidas por las Partes en el Anexo I, permitiendo a éstas que aseguren el cumplimiento de sus compromisos de reducción de las emisiones establecidos en el Anexo B del Protocolo del modo que les resulte más efectivo en función de los costes (*cost-effective*). La incorporación de estos mecanismos al Protocolo pretende aprovechar la experiencia de algunos países, como los Estados Unidos, que habían aplicado con éxito procedimientos similares en virtud de su legislación nacional sobre calidad del aire. Los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto no constituyen un “cheque en blanco” sino que están sometidos a ciertas condiciones básicas que pretenden disciplinar su utilización, y que pueden sintetizarse así: carácter voluntario de la participación en los mismos, carácter suplementario de la reducción de emisiones conseguidas mediante estos mecanismos con respecto a las resultantes de las medidas nacionales adoptadas al efecto, carácter adicional de las reducciones de las emisiones resultantes de proyectos correspondientes a los mecanismos de flexibilidad con respecto a las que se producirían en ausencia de tales proyectos, transparencia de las actividades y verificación y control de las mismas. Los mecanismos de flexibilidad establecidos en el Protocolo de Kioto son tres: el mecanismo de aplicación conjunta⁴⁸, el mecanismo de desarrollo limpio⁴⁹ y el comercio de permisos de emisión⁵⁰.

1. Mecanismo de aplicación conjunta (Artículo 6)

El mecanismo de aplicación conjunta (AC), que ya estaba contemplada de un modo genérico en el Artículo 4, 2 de la Convención, ha sido formulado con mayor detalle por el Protocolo de Kioto en su Artículo 6 que dice así:

⁴⁷ Ver: M. Campins Eritja, “Algunas reflexiones en torno al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva 2003/87/ce, por la que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de los gases de efecto invernadero en la comunidad” en *El Protocolo de Kioto, Dificultades para su aplicación en el derecho internacional y comunitario. (en prensa)* p. 215.

⁴⁸ Art. 6 del Protocolo.

⁴⁹ Art. 12 del Protocolo.

⁵⁰ Art. 16 del Protocolo.

1. A los efectos de cumplir los compromisos contraídos en virtud del artículo 3, toda Parte incluida en el anexo I podrá transferir a cualquiera otra de esas Partes, o adquirir de ella, las unidades de reducción de emisiones resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por las fuentes o incrementar la absorción antropógena por los sumideros de los gases de efecto invernadero en cualquier sector de la economía, con sujeción a lo siguiente:

- a) Todo proyecto de ese tipo deberá ser aprobado por las Partes participantes;
- b) Todo proyecto de ese tipo permitirá una reducción de las emisiones por las fuentes, o un incremento de la absorción por los sumideros, que sea adicional a cualquier otra reducción u otro incremento que se produciría de no realizarse el proyecto;
- c) La Parte interesada no podrá adquirir ninguna unidad de reducción de emisiones si no ha dado cumplimiento a sus obligaciones dimanantes de los artículos 5 y 7; y
- d) La adquisición de unidades de reducción de emisiones será suplementaria a las medidas nacionales adoptadas a los efectos de cumplir los compromisos contraídos en virtud del artículo 3.

2. La Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo podrá, en su primer período de sesiones o tan pronto como sea posible después de éste, establecer otras directrices para la aplicación del presente artículo, en particular a los efectos de la verificación y presentación de informes.

3. Una Parte incluida en el anexo I podrá autorizar a personas jurídicas a que participen, bajo la responsabilidad de esa Parte, en acciones conducentes a la generación, transferencia o adquisición en virtud de este artículo de unidades de reducción de emisiones.

4. Si, de conformidad con las disposiciones pertinentes del artículo 8, se plantea alguna cuestión sobre el cumplimiento por una Parte incluida en el anexo I de las exigencias a que se refiere el presente artículo, la transferencia y adquisición de unidades de reducción de emisiones podrán continuar después de planteada esa cuestión, pero ninguna Parte podrá utilizar esas unidades a los efectos de cumplir sus compromisos contraídos en virtud del artículo 3 mientras no se resuelva la cuestión del cumplimiento.

Los principales elementos del régimen establecido pueden resumirse del modo siguiente. En primer lugar, el mecanismo de aplicación conjunta afecta únicamente a las Partes en el Anexo I; en su virtud, dichas Partes podrán repartirse según acuerden las unidades de reducción de emisiones (URE) resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones por las fuentes o incrementar la absorción por los sumideros de los gases de efecto invernadero, a los efectos de de cumplir los compromisos de reducción contraídos. Los proyectos de que se trata pueden llevarse a cabo tanto por los propios Estados como por personas jurídicas autorizadas por ellos, bajo la responsabilidad del Estado autorizante. La reducción de las emisiones por las fuentes o el incremento de la absorción por los sumideros que se consiga por medio del proyecto deberá ser adicional a cualquier reducción o incremento que se produciría de no realizarse el proyecto. La adquisición de unidades de reducción de emisiones en virtud del proyecto será suplementaria a las medidas nacionales adoptadas a los efectos de cumplir los compromisos contraídos y estará supeditada a que la Parte adquirente haya dado cumplimiento a

sus obligaciones relativas a la instauración del sistema nacional de estimación⁵¹ y a la información suplementaria necesaria para demostrar el cumplimiento de los compromisos contraídos⁵².

Las directrices para la aplicación del artículo 6 del Protocolo de Kioto, relativo a los proyectos de aplicación conjunta, se establecieron en la Decisión 16/CP.7⁵³. La participación en proyectos de aplicación conjunta por las Partes en el Anexo I, se condiciona a que dichas Partes cumplan ciertos requisitos que pueden resumirse así: ser parte en el Protocolo, tener un compromiso cuantificado de reducción o limitación de emisiones determinado en el Anexo B; haber calculado y registrado la cantidad atribuida de emisiones de GEI; haber establecido un sistema nacional para estimar las emisiones por las fuentes y de absorción por los sumideros; haber establecido un registro nacional de emisiones y absorción de conformidad con la metodología aplicable; haber presentado los inventarios anuales exigidos; presentar la información suplementaria requerida sobre la cantidad atribuida y hacer las debidas adiciones o sustracciones resultantes en virtud del proyecto⁵⁴. Los Estados que cumplan tales requisitos pueden también autorizar la participación de personas jurídicas en proyectos de aplicación conjunta, en cuyo caso el Estado autorizante es responsable del cumplimiento de sus obligaciones y de que la entidad privada acate las normas que regulan el mecanismo. Las personas jurídicas autorizadas sólo podrán transferir o adquirir unidades de reducción de emisiones (URE) si la Parte autorizante reúne en ese momento los requisitos señalados⁵⁵.

Los proyectos de aplicación conjunta pueden realizarse en cualquier sector de actividades, aunque las unidades de reducción de emisiones generadas por instalaciones nucleares no son utilizables⁵⁶. La decisión 16/CP. 7 establece un “Comité de supervisión”, integrado por 10 miembros de las Partes en el Protocolo⁵⁷, que, además de efectuar distintas tareas en materia de normas y procedimientos, asume la función de supervisar la verificación de las unidades de reducción de emisio-

⁵¹ Art. 5, 1.

⁵² Art. 7, 2.

⁵³ Decisión 16/CP.7 - Directrices para la aplicación del artículo 6 del Protocolo de Kioto.

⁵⁴ Decisión 16/CP. 7, Anexo, par. 21.

⁵⁵ Decisión 16/CP. 7, Anexo, par. 29

⁵⁶ El preámbulo de la Decisión 16/CP. 7 reconoce “que las Partes incluidas en el anexo I deben abstenerse de utilizar las URE generadas por instalaciones nucleares para cumplir sus compromisos”.

⁵⁷ El Comité de supervisión debe reunirse por lo menos dos veces al año. Los 10 miembros del Comité de supervisión, que actúan a título personal, se repartirán de la siguiente manera: “a) Tres miembros de Partes del anexo I que estén en proceso de transición a una economía de mercado; b) Tres miembros de Partes del anexo I que no sean las mencionadas en el apartado a); c) Tres miembros de Partes no incluidas en el anexo I; d) Un miembro de los pequeños Estados insulares en desarrollo.” Decisión 16.CP/7, Anexo, par. 4.

nes (URE) generadas por las actividades de los proyectos de aplicación conjunta. Esta verificación puede realizarse por dos vías diferentes:

- Vía directa (*track one procedure*): cuando la Parte de acogida de un proyecto de AC cumpla todos los requisitos de admisibilidad antes examinados, dicha parte podrá verificar las reducciones adicionales resultantes del proyecto y expedir la cantidad correspondiente de URE⁵⁸.
- Vía indirecta (*track two procedure*): cuando la Parte de acogida no cumpla todos los requisitos de admisibilidad previstos se deberá recurrir al procedimiento de verificación por las “entidades independientes” que el Comité de supervisión acredita a tal efecto⁵⁹.

En este segundo caso, la entidad independiente acreditada deberá determinar si el proyecto presentado y las reducciones que van asociadas a él cumplen los requisitos pertinentes: a saber, que el proyecto ha sido aprobado por las Partes participantes, que suponga una reducción adicional de las emisiones o un incremento de la absorción por los sumideros, que tenga una base de referencia (*baseline*) y un plan de vigilancia apropiados y que los participantes han presentado una evaluación de impacto ambiental de conformidad con los procedimientos establecidos⁶⁰. La entidad independiente “determinará” también la reducción o absorción de emisiones que ha supuesto el proyecto evaluado que, salvo que sea impugnada, se considerará definitiva 15 días después de la fecha de publicación de la determinación de que se trata⁶¹.

La decisión 16/CP.7 establece que los proyectos comenzados a partir del año 2000, que cumplan las condiciones establecidas por esta decisión, serán admitidos como proyectos de aplicación conjunta, aunque los URE que generen solamente se podrán comercializar a partir del año 2008⁶². Hasta finales de 2013 se han registrado 760 proyectos de AC, de los que los principales países receptores son Rusia y Ucrania, seguidos por otros países del Este de Europa y por Francia, Alemania, Nueva Zelanda, Finlandia, España y Suecia⁶³.

⁵⁸ Decisión 16/CP.7, Anexo, par. 23.

⁵⁹ Decisión 16/CP.7, Anexo, par. 30: “El procedimiento de verificación del comité de supervisión del artículo 6 consiste en que una entidad independiente, acreditada de conformidad con el apéndice A del presente anexo, determina si un proyecto y reducciones de las emisiones antropógenas por las fuentes o incrementos de la absorción antropógena por los sumideros que van asociadas a él cumplen los requisitos pertinentes del artículo 6 y de estas directrices.” Ver también: Decisión 16/CP.7, *Apéndice A - Normas para la acreditación de las entidades independientes*.

⁶⁰ Decisión 16/CP.7, Anexo, par. 33.

⁶¹ Decisión 16/CP.7, Anexo, par. 37-39.

⁶² Decisión 16/CP.7, Anexo, par. 5.

⁶³ Ver. [www. http://cdmpipeline.org/ji-projects.htm](http://cdmpipeline.org/ji-projects.htm).

2. Mecanismo para un desarrollo limpio (Artículo 12)

El mecanismo para un desarrollo limpio (MDL) se estableció en las últimas fases de la negociación del Protocolo de Kioto y fue el fruto de la “feliz coincidencia” de una propuesta brasileña relativa al establecimiento de un “Fondo de Desarrollo Limpio” y el interés de los Estados Unidos en implicar de alguna manera a los países en vías de desarrollo en la limitación de emisiones de gases de efecto invernadero⁶⁴. El Protocolo define este mecanismo en su Artículo 12 que dice así:

Artículo 12

1. Por el presente se define un mecanismo para un desarrollo limpio.

2. El propósito del mecanismo para un desarrollo limpio es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3.

3. En el marco del mecanismo para un desarrollo limpio:

a) Las Partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones; y

b) Las Partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3, conforme lo determine la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo.

.../...

El propósito del mecanismo para un desarrollo limpio es dual: por una parte, ayudar a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible compatible con la lucha contra el cambio climático; y, por otra parte, ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones. En su virtud, las Partes incluidas en el anexo I podrán utilizar las reducciones certificadas de emisiones (RCE) resultantes de esas actividades de proyectos para contribuir al cumplimiento de una parte de sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones, mientras que las Partes no incluidas en el anexo I se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones. Como se puede apreciar, el mecanismo para un desarrollo limpio se basa en la realización de proyectos que tengan por objeto la reducción certificada de las emisiones (RCE) pero, a diferencia del mecanismo de aplicación conjunta, que opera exclusivamente entre Partes en el Anexo I, puede ser llevado a cabo por

⁶⁴ Así lo explica J. Saura Estapá, *Op. cit.*, p. 83.

Partes incluidas en el Anexo I (países desarrollados) en países no incluidos en el Anexo I (países en desarrollo).

La mayoría de las condiciones establecidas para los proyectos de desarrollo limpio coinciden con las previstas para los mecanismos de aplicación conjunta, tales como el carácter voluntario de la participación, su carácter suplementario de las medidas nacionales, la exigencia de que las reducciones de las emisiones sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada, y la supeditación a que la Parte adquirente haya dado cumplimiento a sus obligaciones relativas a la instauración del sistema nacional de estimación e información suplementaria. Sin embargo, dado que el mecanismo para un desarrollo limpio involucra también a los países en desarrollo, se establecen algunas prescripciones adicionales con objeto de garantizar la regularidad de su aplicación, que estará sujeta a la autoridad y la dirección de la Conferencia de las Partes y a la supervisión de un órgano especialmente encargado de esa función: la Junta Ejecutiva⁶⁵. También se prevé la designación por la CP de unas “entidades operacionales” encargadas de certificar la reducción de las emisiones resultantes de cada actividad de proyecto⁶⁶ y se establece que la Conferencia de las Partes en su primer período de sesiones deberá establecer las modalidades y procedimientos que permitan asegurar la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas y la verificación independiente de las actividades de proyectos⁶⁷. El Protocolo contempla asimismo que el mecanismo para un desarrollo limpio ayudará a la financiación de las actividades de proyectos certificadas⁶⁸ asegurándose de que una parte de los fondos procedentes de las mismas se utilice para cubrir los gastos administrativos y ayudar a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables al cambio climático a hacer frente a los costos de la adaptación⁶⁹.

La participación de entidades públicas y privadas en los proyectos MDL se contempla de un modo muy abierto, señalando que dichas entidades podrán llevar a cabo las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones y adquirir las unidades certificadas de reducción de emisiones resultantes, quedando su participación sujeta a las directrices que imparta la Junta Ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio⁷⁰. Dadas las prometedoras expectativas generadas por este mecanismo, se prevé que su aplicación pueda iniciarse cuanto antes, estableciéndose que “las reducciones certificadas de emisiones que se obtengan en el período comprendido entre el año 2000 y

⁶⁵ Art. 12, 4.

⁶⁶ Art. 12, 5.

⁶⁷ Art. 12, 7.

⁶⁸ Art. 12, 6.

⁶⁹ Art. 12, 8.

⁷⁰ Art. 12, 9.

el comienzo del primer período de compromiso podrán utilizarse para contribuir al cumplimiento en el primer período de compromiso”⁷¹

El régimen jurídico de los proyectos del mecanismo para un desarrollo limpio ha sido desarrollado mediante la decisión 17/CP.7⁷². Dado que estos proyectos son más complejos e involucran a los países en desarrollo, la reglamentación establecida es más pormenorizada que en el caso de los proyectos de AC. Los principales aspectos del régimen jurídico de los proyectos MDL se refieren a los requisitos de participación, a los tipos de proyectos comprendidos, a la supervisión de los proyectos y a la verificación, certificación y expedición de los títulos resultantes (RCE).

La participación en el mecanismo para un desarrollo limpio es voluntaria y está abierta a las Partes en el anexo 1, como realizadores de los proyectos, y a los países en desarrollo, como receptores de los mismos⁷³. Los requisitos para la participación en proyectos MDL por las Partes en el Anexo I, con un compromiso cuantificado de reducción de emisiones asignado en el Anexo B, son: ser parte en el Protocolo, tener atribuida una cantidad asignada de emisiones debidamente calculada y registrada, haber designado una autoridad nacional para el MDL, haber establecido un sistema nacional de estimación de emisiones y absorciones, haber establecido un registro nacional y haber presentado los inventarios anuales requeridos, y haber presentado la información suplementaria relativa al cumplimiento de los obligaciones de limitación o reducción de las emisiones⁷⁴. La participación de las partes no incluidas en el Anexo I (los países en desarrollo) no requiere más condición que la de ser Parte en el Protocolo y haber designado una autoridad nacional para el MDL⁷⁵. Pueden participar también en el mecanismo para un desarrollo limpio las entidades privadas y/o públicas autorizadas por las partes en el Protocolo. En estos casos las partes autorizantes serán responsables del cumplimiento de sus obligaciones y se aseguran de que la participación de esas entidades se ajuste a la disciplina establecida. Las entidades privadas y/o públicas autorizadas sólo podrán transferir y adquirir reducciones certificadas de

⁷¹ Art. 12, 10.

⁷² Decisión 17/CP.7 - Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kioto.

⁷³ Sin embargo, en la práctica, parece haberse admitido también la figura de los “proyectos MDL unilaterales”; estos proyectos MDL podían realizarse por un país no incluido en el Anexo I con objeto de vender los CRE resultantes a un país incluido en el Anexo I. Ver: MICHAELOWA, A. et alterum *Climate protection Programme. Unilateral CDM-Chances and Pitfalls*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Nov. 2003.

⁷⁴ Decisión 17/CP.7, Anexo, par. 31.

⁷⁵ Una visión crítica de esta dualidad de condiciones de participación en proyectos MDL en: J. SAURA ESTAPA, *op.cit.*, p. 46 y nota 18.

emisiones (RCE) si la parte autorizante cumple en ese momento los requisitos de participación⁷⁶.

Los proyectos que pueden llevarse a cabo en el marco de este mecanismo pueden afectar a cualquier sector de actividad, con dos excepciones principales. Por una parte, en el preámbulo de la Decisión 17.CP.7 se reconoce que las Partes incluidas en el anexo I deben abstenerse de utilizar las reducciones de las emisiones generadas por instalaciones nucleares. Por otra parte, la admisibilidad de actividades de proyectos de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura se limita a la forestación y reforestación y no pueden superar el 1% de las emisiones del año de base de esa Parte, multiplicado por cinco, durante el primer periodo de compromiso⁷⁷. Por el contrario se recomiendan actividades de proyectos en pequeña escala, tales como:

- i) Actividades de proyectos de energía renovable con una capacidad de producción máxima de hasta 15 megavatios (o un equivalente apropiado);
- ii) Actividades de proyectos de mejoramiento de la eficiencia energética que reduzcan el consumo de energía, por el lado de la oferta y/o de la demanda, en hasta el equivalente de 15 gigavatios-hora por año
- iii) Otras actividades de proyectos que reduzcan las emisiones antropógenas por las fuentes y emitan directamente menos de 15 kilotoneladas de dióxido de carbono equivalentes por año⁷⁸.

Las modalidades y procedimientos del mecanismo para un desarrollo limpio que se establecen en el Anexo de la Decisión 17/CP.7, asignan las funciones esenciales de supervisión a una Junta ejecutiva, que actúa bajo la autoridad de la Conferencia de las Partes. La Junta ejecutiva está compuesta por diez miembros procedentes de las Partes en el Protocolo de Kioto, de la siguiente manera: un miembro de cada uno de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas; otros dos miembros procedentes de Partes incluidas en el anexo I; otros dos miembros procedentes de Partes no incluidas en el anexo I; y un miembro en representación de los pequeños Estados insulares en desarrollo⁷⁹. La misión de la Junta ejecutiva consiste en supervisar el funcionamiento del sistema, realizar diversas tareas (normativas, informativas, de supervisión y registrales) relacionadas con su funcionamiento cotidiano y preparar las decisiones pertinentes de la Conferencia de las Partes. La Junta Ejecutiva también acredita y controla a las llamadas “entidades operacionales” que tienen por función la validación de los proyectos, la verifica-

⁷⁶ Decisión 17/CP.7, Anexo, par. 33.

⁷⁷ Decisión 17/CP.7, par. 7.

⁷⁸ Decisión 17/CP.7, par. 6 c).

⁷⁹ Decisión 17/CP.7, Anexo, par. 7.

ción de las reducciones conseguidas, la certificación de las mismas y la expedición de los RCE resultantes.

Los proyectos correspondientes al mecanismo para un desarrollo limpio podrán realizarse a partir del año 2000 y las RCE resultantes podrán ser utilizadas para contribuir al cumplimiento de los compromisos de las Partes en el Anexo I en el primer período de compromiso⁸⁰. Según la información accesible en la página web de la Convención, hasta el 1 de diciembre de 2013 se han registrado ya 7.400 proyectos MDL⁸¹.

3. Comercio de derechos de emisión (Artículo 17)

En el cumplimiento de sus obligaciones de reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero durante el periodo de cumplimiento 2008 a 2012, es previsible que las Partes en el Anexo I sigan itinerarios y ritmos dispares. Algunas de ellas, probablemente, serán capaces de superar los objetivos de reducción que les han sido asignados, generando así excedentes o “ahorros” de derechos de emisión⁸². Otras partes, sin embargo, podrán encontrar dificultades para alcanzar las reducciones a las que están obligados, generando así déficits de derechos de emisión.

En base a este escenario probable, el Protocolo de Kioto ha previsto un sistema de comercio de derechos de emisión de GEI, basado en la metodología llamada de “límites máximos e intercambios comerciales” (*cap-and-trade*). La lógica del sistema se basa en la idea de que lo importante es lograr los objetivos de reducción establecidos para las Partes del Anexo I, sin que sea realmente relevante las vías por las que dichas Partes alcanzan estos objetivos⁸³. El comercio de los derechos

⁸⁰ *Ibid.*, par. 13: “... las actividades de proyectos iniciadas a partir del año 2000 y antes de la adopción de la presente decisión podrán ser validadas y registradas como actividades de proyectos del mecanismo para un desarrollo limpio si se solicita su registro antes del 31 de diciembre de 2005. El período de acreditación de las actividades de proyectos registradas podrá empezar antes de la fecha de su registro, pero no antes del 1º de enero de 2000.”

⁸¹ Los principales países huéspedes de proyectos MDL son China, India, Brasil, Méjico, Malasia, Viet-Nam, Indonesia y República de Corea. Ver: <http://cdm.unfccc.int/index.html>.

⁸² Un caso particular es el de los países en transición a una economía de mercado (PET) cuya asignación de derechos de emisión (UCA) ha generado excedentes que no resultan de esfuerzos de reducción, sino de la relentización de sus economías por causas estructurales. Esta situación (que evoca el problema llamado del “*hot air*”), coloca a estos países como potenciales vendedores netos de derechos de emisión excedentarios, que podrían distorsionar el mercado.

⁸³ Como explica Saura Estapá: “Bajo la lógica de que el objetivo último del Protocolo es una reducción global media de gases de efecto invernadero del 5% para el período 2008-2012 respecto de los niveles de emisión de 1990 (art. 3,1), este precepto permite a las Partes que no estén en disposición de acreditar el cumplimiento de sus compromisos específicos evitar incurrir en responsabilidad internacional gracias al “exceso” de cumplimiento de otro Estado que naturalmente será debidamente recompensado mediante contraprestación económica. Se trata

de emisión está previsto en el Protocolo de Kioto de un modo bastante sucinto y esquemático en el Artículo 17:

La Conferencia de las Partes determinará los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión. Las Partes incluidas en el anexo B podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3. Toda operación de este tipo será suplementaria a las medidas nacionales que se adopten para cumplir los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones dimanantes de ese artículo.

Este artículo permite las transacciones comerciales entre quienes posean excedentes de derechos de emisión y quienes padezcan déficits, que lógicamente se efectuarán según las condiciones del mercado regido por la “ley de la oferta y la demanda”. También permite a las Partes incluidas en el anexo B participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos de reducción de las emisiones dimanantes del Protocolo. El texto añade que toda operación de este tipo, realizada por las Partes en el Anexo B, será suplementaria a las medidas nacionales que las Partes en la transacción hayan adoptado para cumplir sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones. También establece que, dada la complejidad previsible de la puesta en marcha de este nuevo mecanismo, la Conferencia de las Partes determinará los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión.

Las modalidades, normas y directrices aplicables al comercio de los derechos de emisión fueron adoptadas en la séptima reunión de la Conferencia de las Partes mediante la Decisión 18/CP.7⁸⁴. Las disposiciones de esta Decisión se refieren a los elementos básicos del sistema y están redactadas con una cierta parquedad, lo que contrasta con la complejidad del mecanismo de que se trata y con la envergadura de los intereses subyacentes. Las reglas establecidas por la Decisión 18/CP.7 han sido desarrolladas por otras decisiones complementarias sobre aspectos más concretos, tales como los relativos a las modalidades de contabilidad de las operaciones⁸⁵.

de un mecanismo que se ha elevado el plano internacional tomando como modelo el mercado de dióxido de azufre creado en Estados Unidos a partir de la Clean Air Amendment Act de 1990, para luchar contra el fenómeno de la lluvia ácida y que, según algunos economistas, habría dado muy buen resultado en el último decenio.” J. Saura Estapá, *op. cit.*, p. 55 y nota 28.

⁸⁴ Decisión 18/CP.7. Modalidades, normas y directrices aplicables al comercio de los derechos de emisión previstas en el artículo 17 del Protocolo de Kioto.

⁸⁵ Decisión 13/CMP. 1, sobre “Modalidades de contabilidad de las cantidades atribuidas.

Los requisitos de admisibilidad para que las Partes del Anexo I puedan participar en el comercio de derechos de emisión a los efectos de cumplir con sus obligaciones de reducción establecidas en el Protocolo de Kioto son similares a los de los otros mecanismos: ser parte en el Protocolo, estar incluido en el Anexo 1 con compromisos de reducción o limitación consignado en el Anexo B, haber establecido un sistema nacional de estimación de emisiones de gases de efecto invernadero, haber establecido un registro nacional de tales emisiones y absorciones; haber presentado los correspondientes inventarios y haber proporcionado la información suplementaria sobre las medidas adoptadas por el cumplimiento de la obligación de limitación o reducción de que el emisiones⁸⁶. Pueden realizar también transferencias y adquisiciones de derechos de emisión, a los efectos de cumplir las obligaciones de reducción establecidas en el Protocolo de Kioto, las personas jurídicas autorizadas por las Partes que cumplan en ese momento los requisitos de admisibilidad. En tal caso, dichas Partes continuarán siendo responsables del cumplimiento de sus obligaciones y deberán garantizar que la participación de las personas jurídicas autorizadas se realice de acuerdo con lo establecido en la Decisión 18/CP.7⁸⁷.

Pueden ser objeto de operaciones comerciales todas las unidades contables reconocidas por el sistema (URE, RCE, UCA, UDA) que se convierten así en nuevas mercaderías o títulos, comercializables en el plano nacional e internacional. Los créditos correspondientes a las distintas unidades contables, que corresponden a una tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente, son plenamente fungibles e intercambiables entre si y resultan igualmente utilizables a los efectos de cumplir los compromisos de las Partes en el Anexo I⁸⁸. Como se afirma en la Decisión 18/CP.7:

“las Partes incluidas en el anexo I con compromisos consignados en el anexo B tendrán derecho a transferir y/o adquirir URE, RCE, UCA o UDA expedidas de conformidad con las disposiciones pertinentes ... ”⁸⁹

Sin embargo, la libertad de comercio de derechos de emisión por las Partes en el Anexo I no es ilimitada ya que la propia decisión 18/CP.7 ha establecido la obligación de mantener una “reserva” de unidades para el periodo de compromiso. En su virtud, el volumen total de las transferencias y adquisiciones de unidades por las Partes incluidas en el anexo 1 queda limitado, ya que estas deben

⁸⁶ Decisión 18/CP. 7, Anexo, par. 2.

⁸⁷ Decisión 18/CP. 7, Anexo, par. 5.

⁸⁸ Ver: SAURA ETAPÁ, J. “Flexibility Mechanisms in the Kioto Protocol: Constitutive Elements and Challenges Ahead”, *Révue Générale de Droit* (Université d’Ottawa) Vol. 34, n° 1, 2004, pp. 122-123.

⁸⁹ Decisión 18/CP. 7, Anexo, par. 2.

mantener durante el periodo de compromiso una reserva no inferior al 90% de la cantidad asignada o cinco veces el 100% de su inventario revisado más reciente, según sea la cantidad más reducida. Por debajo de tales cuotas de reserva las partes no podrán realizar transferencias⁹⁰.

Según algunos apologetas del sistema, el comercio de derechos de emisión no solo puede contribuir a conseguir los resultados establecidos en el Protocolo en lo que respecta a la reducción de las emisiones de un modo más efectivo en función de los costes, sino que puede producir efectos económicos positivos al aumentar las posibilidades de negocio para quienes participen en las transacciones y el incremento de riqueza consiguiente. Además, el comercio de derechos de emisión, en conjunción con el mecanismo para un desarrollo limpio, puede contribuir a aumentar el flujo de inversiones hacia los países en desarrollo, dinamizando el progreso ambientalmente sostenible y contribuyendo a mitigar las disparidades de desarrollo entre los Estados.

D. Verificación del cumplimiento

Las cuestiones relativas al cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes en el Protocolo de Kioto presentan una importancia fundamental, ya que el control de las actividades previstas resulta necesario por la complejidad de los procedimientos y mecanismos establecidos.

Por ello, con independencia de los mecanismos establecidos en la Convención⁹¹, el Protocolo de Kioto aborda de lleno la cuestión de los procedimientos para determinar los casos de incumplimiento (*non compliance procedures*) en su Artículo 18 que dice:

En su primer período de sesiones, la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Protocolo aprobará unos procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces para determinar y abordar los casos de incumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, incluso mediante la preparación de una lista indicativa de consecuencias, teniendo en cuenta la causa, el tipo, el grado y la frecuencia del incumplimiento. Todo procedimiento o mecanismo que se cree en virtud del presente artículo y prevea consecuencias de carácter vinculante será aprobado por medio de una enmienda al presente Protocolo.

⁹⁰ *Ibid.*, Anexo par. 6

⁹¹ La Convención contiene disposiciones sobre aplicación (Art. 7,2), ejecución (Art. 10) y arreglo de controversias (Art. 14.). La Convención había previsto también la creación de un “mecanismo consultivo multilateral” para la resolución (sic) de las cuestiones relacionadas con la aplicación (Art. 13), que no ha llegado a establecerse al no poderse superar las dificultades relativas a su composición. Ver, al respecto: M. Campins Eritja, et al., “Compliance Mechanisms Under the Framework Convention on Climate Change and the Kioto Protocol” *Révue Générale de Droit* (Université d’Ottawa) Vol. 34, n° 1,2004, pp. 65-67.

Los procedimientos y mecanismos de que se trata fueron establecidos por la decisión 24/CP.7⁹². Esta Decisión contempla la creación de un órgano nuevo, el Comité de cumplimiento, integrado por un pleno⁹³, una mesa⁹⁴ y dos grupos con funciones diferentes: el grupo de facilitación y el grupo de control del cumplimiento. El Comité estará compuesto por veinte miembros, diez para el grupo de facilitación y diez para el grupo de control de cumplimiento, elegidos a título personal⁹⁵ con arreglo a una distribución geográfica equitativa y a una adecuada representatividad de los grupos de intereses específicos en relación con el cambio climático, a saber: un miembro de cada uno de los grupos regionales de la ONU, un miembro de los pequeños estados insulares en desarrollo, dos miembros procedentes de las Partes en el Anexo I y dos miembros procedentes de las Partes no incluidas en el Anexo I⁹⁶.

El Grupo de facilitación “se encargará de prestar asesoramiento y apoyo a las partes en la aplicación del protocolo, así como de promover el cumplimiento por las Partes de sus compromisos dimanantes del protocolo”⁹⁷. En el marco de este mandato general, el Grupo de facilitación se encargará de abordar las cuestiones de aplicación relativas a la información sobre la manera en que las Partes en el Anexo I cumplen sus compromisos de manera que se reduzcan al mínimo las repercusiones sociales, ambientales y económicas adversas para las Partes que son países en desarrollo y sobre la suplementariedad de la utilización de los mecanismos de flexibilidad establecidos en los Artículos 6, 12 y 17 del Protocolo⁹⁸. En el ejercicio de su cometido, el Grupo de facilitación puede adoptar ciertas “medidas correctivas” (que podríamos denominar “blandas”) consistentes en la prestación de asesoramiento, asistencia financiera y técnica y la formulación de recomendaciones a la Parte interesada, con el fin último de promover el cumplimiento y

⁹² Decisión 24/CP.7 - Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kioto.

⁹³ El Pleno del Comité cumplirá funciones generales de información y ejecución de las políticas establecidas, presentará propuestas sobre asuntos administrativos y presupuestarios, elaborará las normas de procedimiento que sean necesarias y desempeñará las demás funciones que le encomiende la Conferencia de las Partes. Decisión 24/CP.7, III, par. 1 y 2.

⁹⁴ La Mesa del Comité estará compuesta por cuatro personas, dos pertenecientes al grupo de facilitación y dos pertenecientes al grupo de control del cumplimiento; en ambos casos uno de los elegidos pertenecerá a las partes en el anexo I y el otro a las partes no incluidas en el anexo I. Decisión 24/CP.7, II, par. 4.

⁹⁵ Decisión 24/CP.7, II, par. 6: “Los miembros del Comité y sus suplentes se desempeñarán a título personal. Deberán tener reconocida competencia en el ámbito del cambio climático y otras esferas pertinentes, como la científica, la técnica, la socioeconómica o la jurídica.”

⁹⁶ Decisión 24/CP.7, IV, par. 1 a 3 y V, par. 1 a 3.

⁹⁷ Decisión 24/CP.7, IV, par. 4.

⁹⁸ Decisión 24/CP.7, IV, par. 5.

evitar posibles infracciones de las obligaciones establecidas en el Protocolo⁹⁹. Pero el grupo de facilitación no tiene por función detectar incumplimientos ni imponer medidas coercitivas a las Partes que hubieran infringido sus compromisos. Las decisiones del Grupo de facilitación se adoptarán por consenso y, si este resultara imposible, por mayoría de tres cuartas partes de miembro presentes y votantes¹⁰⁰.

El Grupo de control del cumplimiento tiene como función determinar si alguna de las partes numeradas en el anexo 1 ha incumplido sus compromisos cuantificados de limitación o reducción de las emisiones, los requisitos metodológicos e informativos previstos o las condiciones para utilizar los mecanismos de flexibilidad de los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo¹⁰¹. El Grupo de control del cumplimiento abordará las cuestiones de aplicación que se planteen en los informes de los equipos de expertos o que plantee una Parte con respecto a sí misma o una Parte con respecto a otra, con apoyo de información corroborativa¹⁰². Las decisiones del Grupo de control del cumplimiento tratarán de lograrse por consenso y, cuando este resulte imposible, se adoptarán “por mayoría de al menos las tres cuartas partes de los miembros presentes y votantes”, estableciéndose además que “la adopción de decisiones en el grupo de control de cumplimiento requerirá una mayoría de miembros de las Partes incluidas en el anexo I presentes y votantes, así como una mayoría de miembros de las Partes no incluidas en el anexo I presentes y votantes”¹⁰³.

La Decisión 24/CP.7 regula los procedimientos del Grupo de control del cumplimiento y las “medidas correctivas” (que en este caso podríamos denominar “duras”) aplicables a las Partes en el anexo I, que varían según los distintos supuestos de incumplimiento:

- Cuando el incumplimiento verificado se refiera al sistema nacional de estimación, a las metodologías para calcular las emisiones o al inventario anual que deben elaborar las Partes en el Anexo I, el Estado infractor deberá presentar un “plan” en el que se analicen las causas del incumplimiento, las medidas que la Parte se proponga adoptar para remediarlo y un calendario para la aplicación de esas medidas.
- Cuando el grupo de control del cumplimiento haya determinado que una Parte del anexo I no cumple alguno de los requisitos de admisibilidad en el ámbito de los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo, suspenderá el derecho de

⁹⁹ Decisión 24/CP.7, XIV - Medidas correctivas aplicadas por el grupo de facilitación.

¹⁰⁰ Decisión 24/CP.7, II, par. 9.

¹⁰¹ Decisión 24/CP.7, V, par. 4. El grupo de control del cumplimiento determinará también si deben hacerse ajustes en los inventarios y correcciones de la base de datos de compilación y contabilidad de las cantidades atribuidas.

¹⁰² Decisión 24/CP.7, VI - Comunicaciones.

¹⁰³ Decisión 24/CP.7, II, par. 9.

esa Parte a utilizar los mecanismos de flexibilidad de conformidad con las disposiciones pertinentes de esos artículos¹⁰⁴.

- Cuando el grupo de control del cumplimiento haya determinado que las emisiones de una Parte han excedido de su cantidad atribuida, calculada en función de su compromiso cuantificado de limitación o reducción de las emisiones consignado en el anexo B del Protocolo, declarará que esa Parte no cumple los compromisos y aplicará las siguientes medidas:
 - a) Deducción, de la cantidad atribuida a la Parte para el segundo período de compromiso, de un número de toneladas igual a 1,3 veces la cantidad en toneladas de las emisiones excedentarias¹⁰⁵;
 - b) Elaboración de un plan de acción para el cumplimiento de conformidad con los párrafos 6 y 7; y
 - c) Suspensión del derecho a hacer transferencias en virtud del artículo 17 del Protocolo hasta que se restablezca el derecho de la Parte conforme a lo previsto en los párrafos 3 y 4 de la sección X¹⁰⁶.

Como puede observarse, las medidas aplicables en caso de incumplimiento de los límites de emisión asumidos por una Parte del Anexo I incluyen no solamente la elaboración de un plan de acción para revertir la situación, sino también la posible suspensión del comercio de derechos de emisión y un aumento del 30% de las limitaciones o reducciones establecidas para el siguiente período de compromiso. Pese a todo, la Decisión 24/CP.7 intenta evitar que estas medidas puedan considerarse como una sanción, en sentido técnico jurídico, al señalar que:

“Las medidas a raíz del incumplimiento del párrafo 1 del artículo 3 del protocolo que aplique el grupo de control del cumplimiento tendrán por objeto restaurar la situación de cumplimiento a fin de asegurar la integridad ambiental y ofrecerán un incentivo para el cumplimiento”¹⁰⁷.

En todo caso, hay que convenir que las medidas descritas no son jurídicamente vinculantes, ya que si lo fueran hubieran debido aprobarse por medio de una enmienda al Protocolo¹⁰⁸ que no se ha realizado efectivamente. Además, estas medidas se proyectan más sobre el futuro que sobre el presente, ya que se limitan

¹⁰⁴ Decisión 24/CP.7, XV, par. 4. Este apartado añade que. “A petición de la Parte interesada, podrá restablecerse el derecho de la parte de conformidad con el procedimiento estipulado en el párrafo 2 de la sección X”.

¹⁰⁵ Es decir, cuando se acuerda las obligaciones de limitación de emisiones para el período que en pieza después de 2012, el Estado en cuestión deberá añadir, a la cantidad asignada, la cuantía incumplida en el primer período más 130% suplementario.

¹⁰⁶ Decisión 24/CP.7, XV, par. 5.

¹⁰⁷ Decisión 24/CP.7, V, par. 6.

¹⁰⁸ Protocolo de Kioto, Art. 18, última frase.

a aumentar en un 30% los compromisos de reducción de emisiones incumplidos en el primer período, sin que exista garantía alguna de que en el siguiente período vaya a producirse efectivamente el cumplimiento.

IV. DESARROLLO DEL SISTEMA Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Si examinamos retrospectivamente el camino recorrido hasta ahora por la Convención y el Protocolo de Kioto podemos llegar a la conclusión de que el avance ha sido demasiado lento, que la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero ha resultado insuficiente y que las Partes han permanecido demasiado aisladas en su esfuerzo para lograr los objetivos marcados¹⁰⁹.

Por ello, al contemplar la configuración de un nuevo régimen que permita abordar en mejores condiciones las respuestas al cambio climático, hay que llegar a una triple conclusión: primera, se necesita más tiempo; segunda, se requiere un mayor esfuerzo de reducción de emisiones; y tercera, es imprescindible la incorporación de todos los miembros de la Comunidad internacional en este esfuerzo. Esto último requiere, por un lado, la participación de los Estados Unidos de América, hasta hace poco el primer emisor mundial de gases de efecto invernadero, y, por otra parte, la incorporación de las economías emergentes que pronto alcanzarán niveles de emisión similares a los de los países industrializados: China, India, Brasil, México, África del Sur y Corea del Sur.

El proceso de revisión de los instrumentos jurídicos relativos al cambio climático se inició desde el momento mismo de la entrada en vigor del Protocolo de Kioto en el año 2005. El proceso ha estado marcado por una cierta tensión entre las actuaciones llevadas a cabo en el marco de la Convención y las efectuadas en virtud del Protocolo de Kioto. Esta situación se ha visto exacerbada por el hecho de que Estados Unidos es parte en la Convención pero no en el Protocolo, dato que ha tenido una influencia determinante en el enfoque de las negociaciones para preparar el régimen que debería sustituir al establecido en el Protocolo al término de su primer período de cumplimiento el 31 de diciembre de 2012. Las negociaciones del nuevo régimen están resultando muy difíciles por la incidencia de elementos científicos, económicos y políticos de una gran complejidad. Las distintas etapas cubiertas desde el inicio del proceso para la revisión del sistema han pasado por los hitos conocidos como la “Hoja de ruta de Bali” (2007), el “Acuerdo de Copenhague” (2009), los “Acuerdos de Cancún” (2010), la Conferencia de Durban (2011) y la “Cumbre de Doha” (2012).

¹⁰⁹ Ver: R. Giles Carnero (Coordinadora) *Cambio climático, Energía y Derecho Internacional*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi) 2012.

Los acuerdos más significativos se alcanzaron en la Conferencia de las Partes celebrada en Durban del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2011 (COP 17/ MOP 7), donde se definieron y concretaron los compromisos para el futuro tanto en el contexto de la Convención como en el marco del Protocolo. Con respecto al desarrollo futuro de la Convención se decidió iniciar un proceso para elaborar “un protocolo, otro instrumento jurídico o un resultado acordado” con fuerza jurídica, elaborado a través de un órgano subsidiario denominado Grupo de trabajo especial de la plataforma de Durban para una acción reforzada. Los trabajos del grupo especial deben completarse antes del año 2015 con el fin de que el instrumento legal resultante sea adoptado en la 21ª sesión de la Conferencia de las Partes a celebrar en París en el año 2015 y entre en vigor y sea aplicado a partir de 2020. Por lo que respecta a las medidas adoptadas en el marco del Protocolo de Kioto, la Conferencia de Durban decidió que su segundo período de cumplimiento debería comenzar el 1 de enero de 2013 y terminar el 31 de diciembre de 2020 con nuevos objetivos de reducción de emisiones de las Partes del Anexo 1 que deberían establecerse mediante una enmienda del Protocolo.

En la Conferencia de Doha (COP 18/ MOP 8), celebrada en diciembre de 2012, se adoptaron formalmente las enmiendas al Protocolo de Kioto con las nuevas reducciones de emisiones para las Partes del Anexo I que figuran en el anexo de la decisión¹¹⁰. También se ha añadido un nuevo gas de efecto invernadero, el trifluoruro de nitrógeno (NF₃). Estas enmiendas se aplican provisionalmente desde el 1 de enero de 2013, en espera de que las Partes completen los procedimientos de ratificación necesarios para su entrada en vigor formal. El compromiso alcanzado pretende reducir como mínimo el 18% de las emisiones de gases de efecto invernadero con respecto a las existentes en 1990 en los países del Anexo I. Hay que subrayar, sin embargo, que las Partes que asumen compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el segundo periodo de cumplimiento son menos que las que lo habían hecho en el primer periodo. Varios países del Anexo I, como Japón, Nueva Zelanda y Rusia, no han aceptado compromisos de reducción de emisiones para este segundo periodo mientras que Canadá se retiró del protocolo de Kioto el 15 de diciembre de 2012. Los países con economías emergentes, como China, India, Brasil o África del Sur, tampoco han aceptado reducciones cuantitativas de sus emisiones y Estados Unidos sigue fuera del Protocolo. En estas condiciones, el esfuerzo principal recae sobre los países que han aceptado incrementar la reducción de sus emisiones como Australia, Suiza, Noruega y la Unión Europea.

¹¹⁰ Decisión 1/CMP.8. Enmiendas al Protocolo de Kioto de conformidad con el artículo 3, par. 9. Anexo 1.

En conclusión, puede decirse que el Derecho internacional ha tenido que reaccionar frente al cambio climático buscando soluciones solidarias e imaginativas que respondan a los nuevos problemas globales con instrumentos y mecanismos jurídicos adaptados a esta realidad. La protección frente al calentamiento global y la adaptación a los impactos planetarios resultantes del mismo han tenido así un efecto importante sobre el propio Derecho internacional¹¹¹. Los nuevos principios relativos al criterio de precaución, a la internalización de los costes ambientales (quien contamina paga) y al uso de instrumentos económicos y de mercado y, sobre todo, el nuevo paradigma de las responsabilidades comunes pero diferenciadas han jugado un papel central en la normativa sobre el cambio climático establecida en la Convención marco de 1992 y desarrollada en el Protocolo de Kioto de 1997. Los principios, normas y reglas establecidos en estos instrumentos formulan itinerarios innovadores por los que los juristas y los operadores económicos transitan con dificultad. Los mecanismos y procedimientos de que se trata subrayan el carácter multidimensional de la regulación ambiental y requieren la cooperación de los especialistas de los distintos saberes (ciencia, economía, política, derecho) y de los cultivadores de las distintas ramas del Derecho (internacionalistas, administrativistas, mercantilistas, procesalistas ...).

El futuro, en este campo, no está todavía completamente escrito ni los itinerarios marcados totalmente transitados. Mientras esperamos los desarrollos que se lleven a cabo en los próximos años podemos concluir con una afirmación que parece confirmarse. Hay un consenso creciente en que se necesitan reducciones adicionales mucho más severas de las emisiones de gases de efecto invernadero, así como cambios importantes en las políticas y modos de vida desarrollistas basados en la economía del carbono. El mantenimiento de la calidad de vida sobre la tierra para las generaciones presentes y futuras depende en gran medida de que la Comunidad internacional sea capaz de lograr un compromiso en la materia y aplicarlo con eficiencia y equidad.

¹¹¹ Esta idea se refleja con claridad en los títulos de varios trabajos recientes publicados en una obra consagrada al Derecho común del medio ambiente: *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris (Daloz) 2007. Ver: BOISSON DE CHAZOURNES, L. "La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale", *op. cit.*, pp. 41-57, DOUMBÉ-BILLÉ, S. "Le droit international de l'environnement et l'adaptation aux changements planétaires", *op. cit.*, pp. 91-102, BROBENKO, B. "Environnement: le défi de la solidarité", *op. cit.*, pp. 102-121 y KISS, A. Ch. "Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international", *op. cit.*, pp. 207-222.

MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD DEL PROTOCOLO DE KYOTO

Mecanismo	Aplicación Conjunta AC (Art. 6 PK)	Mecanismo de Desarrollo Limpio MDL (Art. 12 PK)	Comercio de Derechos de Emisión CDE (Art. 17 PK)
Actividad	Proyectos en todos los sectores, salvo nuclear (AC, MDL) y uso de la tierra (MDL)		Comercio
Participantes	Partes Anexo I (y personas jurídicas autorizadas)	Partes Anexo I/Anexo II (y personas jurídicas autorizadas)	Partes Anexo I/ Anexo II (y personas jurídicas autorizadas)
Unidades resultantes	URE	RCE	UCA, UDA, URE, RCE
Órganos de ejecución	Comité de supervisión (10 miembros de las PC) ↓ [Entidades independien- tes acreditadas]	Junta Ejecutiva (10 Estados Partes) ↓ [Entidades operaciona- les]	
Órganos de fiscalización	Comité de Cumplimiento (20 miembros <i>independientes</i>) ↓ Grupo de facilitación (10): medidas correctivas “blandas” Grupo de control del cumplimiento (10): medidas correctivas “duras”		
Órganos de dirección	CP/RP		

Denominación de las unidades a los efectos del comercio de derechos de emisión

UCA “Unidades de Cantidad Atribuida” (Asignación inicial)

UDA “Unidades de Absorción” (Silvicultura y uso de la tierra)

URE “Unidades de Reducción de Emisiones” (Proyectos de AC)

RCE “Reducciones Certificadas de Emisiones” (Proyectos MDL)

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA

I. LA INSTAURACIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE MEDIO AMBIENTE

La Unión Europea, en cuanto organización de integración regional, constituye una instancia privilegiada para el análisis de los problemas que plantea la protección del medio ambiente y para la adopción de medidas coordinadas para su solución. En el proceso de instauración del mercado común, que constituía el objetivo central de las Comunidades Europeas no tardó mucho en advertirse que las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia medioambiental podían crear distorsiones de la competencia y obstáculos técnicos a la libre circulación de mercancías que resultaban incompatibles con el buen funcionamiento del sistema. Por otra parte, pronto se hizo evidente que la naturaleza internacional de los problemas que plantea la protección del medio ambiente, que generalmente supera la capacidad de reacción de los Estados actuando aisladamente, reclamaba soluciones coordinadas a escala europea. Por todo ello, desde una época relativamente temprana, las Comunidades europeas sintieron la necesidad de crear una acción en materia ambiental que los Tratados constitutivos no habían previsto de un modo formal y específico. A pesar de todo, como veremos a continuación, la política de medio ambiente de la Unión Europea ha adquirido progresivamente un asentamiento jurídico firme y una proyección expansiva, figurando hoy entre las principales áreas de actividad de las Instituciones europeas.

A. *El silencio de los Tratados originarios*

En los Tratados originarios que establecieron las Comunidades europeas no existía una base jurídica precisa que postulara la implantación de una política comunitaria del medio ambiente¹. Este “silencio de los tratados” se comprende

¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951 (no publicado en el Journal Officiel) (BOE de 1-I-1986), Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (no publicado en el Journal Officiel) (BOE de 1-I-1986), Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica de 25 de marzo de 1957 (no publicado en el Journal Officiel) (BOE de 1-I-1986).

fácilmente si se considera que, en la época de su celebración en los años cincuenta del pasado siglo, los conceptos de “protección del medio ambiente” o de “política del medio ambiente”, en el sentido que tienen hoy, no se conocían. Sin embargo, la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia ambiental y la dimensión internacional de los problemas planteados exigieron cada vez con más fuerza la intervención de las Instituciones comunitarias. A ello debe añadirse la presión de la opinión pública para que se mejorara la protección del medio ambiente, que se manifestó con fuerza creciente en los distintos Estados miembros y que se convirtió con el tiempo en una reivindicación unánime de la ciudadanía europea².

El impacto producido por la Declaración de Estocolmo de 16 de junio de 1972, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, generó una onda de actuaciones internacionales que afectaron también a los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. La primera reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno, celebrada en París en octubre de 1972, proclamó ya la necesidad de formular una política comunitaria del medio ambiente. El impulso generado por la Cumbre de París se concretó ulteriormente en la elaboración de un primer Programa de Acción en materia de medio ambiente para el periodo 1973-1977 al que siguieron otros planes de acción posteriores que han constituido el eje del establecimiento y desarrollo de una política comunitaria de medio ambiente³.

² Recuérdese, a este respecto, el importante respaldo popular alcanzado en la década de los setenta del siglo pasado por el movimiento político “los Verdes” en la R. F. de Alemania y, en general, el auge de los movimientos ecologistas en los distintos Estados Miembros. Esta presión se manifestó primero indirectamente en relación con determinadas políticas comunitarias que podían tener graves consecuencias sobre el medio ambiente (agrícola y de transportes, por ejemplo), y se fue consolidando progresivamente como una aspiración específica de los ciudadanos a la que las Instituciones debían dar respuesta mediante la elaboración de disposiciones destinadas a la protección del medio ambiente. Ver: Comisión de las Comunidades europeas: *La Comunidad y la protección del medio ambiente*, Documentos, 5/87, marzo 1987, pp. 3-5.

³ Ver los sucesivos programas de acción: Primer programa de acción (1973-1977) JO C 112, de 20 diciembre 1973; Segundo programa de acción (1977-1981) JO C 139, de 13 de junio 1977; Tercer programa de acción (1982-1986) JO C 46, de 17 febrero 1983; Cuarto programa de acción (1987-1992) DO C 328 de 7 diciembre 1987; Quinto programa de acción (1973-2000) DO C 138 17 de mayo 1993; Sexto programa de acción (2002-2012) DO L 242 de 10 de septiembre 2002. El 11 de enero de 2012, la presidencia danesa del Consejo de la Unión Europea decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre el “Séptimo Programa de acción en materia de medio ambiente y medidas de seguimiento del Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente”; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo puede consultarse en Diario Oficial de la Unión Europea C191, de 29 de junio de 2012. El Dictamen del Comité de las Regiones “Hacia un Séptimo programa de acción en materia de medio ambiente: sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE” puede consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea C 17 de 19 de enero de 2013. V. también

Siguiendo las directrices marcadas en estos Programas de Acción, las Instituciones Comunitarias adoptaron una interpretación pragmática del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) que hizo posible que la construcción progresiva del mercado común no se limitara a la dimensión exclusivamente económica sino que incluyera también una dimensión ambiental. Esto fue posible gracias a una interpretación extensiva de los objetivos atribuidos a la Comunidad Económica Europea en el artículo 2 del Tratado constitutivo y, en especial, en la consideración de los caracteres asignados al mercado común que se pretendía establecer, entre los cuales se señalaba “un desarrollo armonioso” y “una expansión continua y equilibrada” de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad.

B. La dimensión ambiental del mercado común

En el proceso de instauración del mercado común europeo, pronto se hizo evidente que este mercado tendría también una dimensión ambiental que no había sido contemplada en los tratados originarios. En efecto, por una parte se planteaba la cuestión de saber si los Estados Miembros podían imponer en sus legislaciones nacionales restricciones a la libre circulación de mercancías justificadas en razones de protección ambiental; por otra parte, se planteaba si las Instituciones comunitarias, al implantar el mercado común, podían incluir disposiciones destinadas a lograr objetivos ambientales.

“Revisión del Sexto Programa de Acción en Materia de medio ambiente y establecimiento de prioridades para el Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente”, Resolución del Parlamento Europeo sobre la revisión del Sexto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y establecimiento de prioridades para el Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente - Un medio ambiente mejor para una vida mejor (2011/2194(INI) (2013/c 258 E/16), en Diario Oficial de la Unión Europea C 258 de 7 de setiembre de 2013. El 29 de noviembre de 2012, la Comisión Europea presentó su propuesta (COM(2012) 710 final, 2012/0337 (COD) “Proposition de Décision du Parlement Européen et du Conseil relative à un programme d’action général de l’Union pour l’environnement à l’horizon 2020. “Bien vivre, dans les limites de notre planète” (Texte présentant de l’intérêt pour l’EEE)” (SWD82012) 397 final SWS(2012) 398 final). El 20 de noviembre de 2013, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron, en Estrasburgo, sobre la base del artículo 192(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la “Decision of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2020 “Living Well, Within the Limits of our Planet”. El Programa de acción general de la Unión para el medio ambiente o Séptimo Programa de acción en materia de medio ambiente, que se incluye como Anexo de la Decisión, se adopta para un periodo que debe finalizar el 31 de diciembre de 2020 (artículo 1 de la Decisión).

1. Admisibilidad de las medidas ambientales adoptadas por los Estados miembros

Las primeras conexiones entre el mercado común y la protección del medio ambiente aparecieron en relación con la aplicación del artículo 36 del Tratado CEE. Este artículo permitía ciertas excepciones a la supresión de las restricciones a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros cuando dichas restricciones estuvieran justificadas, entre otras causas, “por razones de protección de la salud y vida de las personas y animales (o) preservación de los vegetales...”⁴ El Artículo 36 del tratado CEE afirmaba en efecto que:

“Las disposiciones de los artículos 30 a 34, ambos inclusive, no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial o comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”.

Aunque entre las excepciones enumeradas en el artículo 36 no se mencionaba expresamente al “medio ambiente”, las referencias que contenía parecían conferir una cobertura suficiente a las medidas nacionales restrictivas de la libre circulación de mercancías que pudieran adoptar los Estados Miembros para lograr objetivos de protección ambiental. Las Instituciones comunitarias fueron receptivas a la argumentación según la cual las medidas nacionales para la protección del medio ambiente que supusieran una restricción a la exportación, importación o tránsito de mercancías, podían justificarse como una excepción permitida por el artículo 36 del Tratado CEE. La cuestión acabó por plantearse directamente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que respaldó esta interpretación en su decisión prejudicial de 7 de febrero de 1985 (asunto 240/83, *Association de défense des brûleurs d’huiles usagées (ADBHU)* al considerar que “la protección del medio ambiente... constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad... objetivo de interés general...”⁵. Y, de una forma más clara y directa, en la sentencia de 20 de septiembre de 1988 (asunto 302/86, *Commission/Danemark*), el Tribunal afirmó que:

⁴ La prohibición de las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente que pudieran obstaculizar la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros estaban claramente establecidas en los Artículos 30 a 34 del Tratado CEE.

⁵ Recueil de jurisprudence 1985, p. 531.

“la protección del medio ambiente... puede justificar ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de las mercancías... la protección del medio ambiente constituye una exigencia imperativa que puede limitar la aplicación del artículo 30 del Tratado”⁶.

2. Posibilidad de una acción normativa de las Instituciones europeas en materia ambiental

La segunda cuestión que se planteó en el proceso de instauración del mercado común europeo relacionada con el tema fue la de saber si las instituciones europeas tenían competencias para adoptar medidas legislativas en el ámbito de la protección del medio ambiente. Aunque el tema no estaba explícitamente resuelto en los tratados constitutivos, las Instituciones comunitarias encontraron en el Tratado CEE ciertas disposiciones que podían constituir una base jurídica válida para su acción normativa en el terreno ambiental, a pesar de que esta competencia específica no estaba explícitamente reconocida en el texto del Tratado. Las bases jurídicas precisas en las que se fundaron las Instituciones comunitarias para la adopción de actos normativos en esta materia fueron, según los casos, el artículo 100 del Tratado CEE, el artículo 235 del Tratado CEE o ambos simultáneamente.

El artículo 100 del Tratado CEE fue invocado cada vez que la medida a adoptar afectaba al funcionamiento del mercado común, al tener por objeto la armonización de las legislaciones ambientales de los Estados miembros para eliminar las divergencias legislativas que pudieran constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías o a la libre competencia. El Artículo 100 afirmaba en efecto que:

“El Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.”

La aplicación de este artículo permitió a las Instituciones comunitarias iniciar la acción para la armonización de las legislaciones ambientales de los Estados Miembros cuando estas pudieran poner en peligro el buen funcionamiento del mercado como común. Sobre esta base se adoptaron un buen número de directivas que fueron abriendo la vía a la acción comunitaria en materia de medio ambiente. El fundamento legal de esta actuación armonizadora basada en el artículo 100 del Tratado fue impugnado por un Estado miembro acusado de incumplimiento de determinadas directivas ambientales. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en sus

⁶ Recopilación de Jurisprudencia 1988, p. 04607. El artículo 30 del TCEE afirmaba: “Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”.

sentencias de 18 de marzo de 1980 (asuntos 91/79⁷ y 92/79⁸, *Commissión/Italie*), respaldó claramente esta fundamentación al afirmar que:

“las disposiciones en materia de medio ambiente (pueden) encuadrarse válidamente en el artículo 100 del Tratado”.

Sin embargo, el recurso al artículo 100 podía resultar insuficiente para justificar medidas comunitarias de carácter puramente ambiental que no tuvieran una incidencia específica sobre el funcionamiento del mercado común, como las destinadas, por ejemplo, a la protección de la flora y de la fauna. Para cubrir este tipo de actuaciones, la Comunidad recurrió en diversas ocasiones al artículo 235 del Tratado CEE, que proveía de base jurídica a aquellas acciones comunitarias que resultasen necesarias para lograr “uno de los objetivos de la Comunidad en el funcionamiento del mercado común”. El Artículo 235 afirmaba efectivamente que:

“Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

De este modo, el artículo 235 del Tratado CEE hizo posible que las Instituciones comunitarias regularan aspectos de la protección del medio ambiente que no hubieran podido tener cabida sobre la base del artículo 100, por no implicar una acción relativa a la aproximación de legislaciones nacionales ni afectar directamente al comercio intracomunitario en sentido propio. Por ejemplo, en el caso de actos normativos destinados a la protección de elementos naturales “*extra commercium*” tales como aves silvestres o *habitats* naturales (conservación de la fauna y de la flora).

En alguna ocasión la Comunidad basó los actos normativos que perseguían un objetivo ambiental conjuntamente sobre el artículo 100 y sobre el artículo 235 del Tratado CEE. Este fundamento múltiple se utilizó sobre todo en aquellos casos en los que la medida comunitaria contemplada excedía en alguna medida de los límites marcados por el artículo 100 pero podía encontrar la cobertura restante en el artículo 235, por resultar la acción necesaria para lograr uno de los objetivos de la Comunidad en el funcionamiento del mercado común.

Sobre estas bases se hizo posible un amplio desarrollo normativo en materia ambiental que, a mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, alcanza-

⁷ Recueil de jurisprudence 1980, p. 1099.

⁸ Recueil de jurisprudence 1980, p. 1115.

ba ya alrededor de un centenar de disposiciones comunitarias de diversa naturaleza, con claro predominio de las directivas.

3. La formalización progresiva de la política comunitaria de medio ambiente

Los hitos fundamentales de la “formalización” de la política comunitaria de medio ambiente están vinculados a los diversos procesos de enmienda de los Tratados constitutivos que se han sucedido a lo largo del tiempo.

El paso crucial en este campo fue dado por el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986, que incorporó al Tratado CEE un nuevo Título VII sobre Medio Ambiente, compuesto por los artículos 130 R, 130 S y 130 T. De este modo, se proporcionaba a esta acción comunitaria una base jurídica específica y medios de acción precisos. El Acta Única Europea de 1986 también incluyó, dentro del Capítulo de la aproximación de legislaciones para la consecución del mercado interior, un nuevo artículo 100 A, que permitía la adopción de disposiciones comunitarias para la armonización de las legislaciones nacionales en materia de protección del medio ambiente, proporcionando así una base jurídica diferente a la competencia comunitaria en la materia⁹. El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, denominado Tratado de la Unión Europea, actualizó los objetivos de la Comunidad e institucionalizó definitivamente la política comunitaria del medio ambiente. El respeto del medio ambiente quedó formalmente reconocido como un objetivo comunitario en el nuevo texto del artículo 2 del TCE¹⁰, mientras que el artículo 3 k) elevó formalmente la política de medio ambiente de la Comunidad a la categoría de política comunitaria autónoma¹¹. El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre 1997 introdujo algunas reformas relevantes, tales como incluir el “desarrollo sos-

⁹ Esta duplicación de bases jurídicas de la acción comunitaria en materia ambiental, unida al diferente procedimiento de adopción de decisiones aplicable en cada uno de los casos (mayoría cualificada en el Artículo 100 A y unanimidad en el Artículo 130 S), suscitó numerosos conflictos que llegaron al Tribunal de Justicia. Uno de los primeros y más sonados fue el asunto C-300/89 (*Commission des Communautés Européennes contre Conseil des Communautés Européennes, Directive sur les déchets de dioxyde de titane*) (*Commission/Conseil*), resuelto por Sentencia de 11 de Junio de 1991 Recueil de jurisprudence 1991, p. I-2867.

¹⁰ Sobre este tema v. sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de setiembre de 2005, asunto C-176/03, Comisión apoyada por Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, y sentencia de 9 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08.

¹¹ Por otra parte, los artículos contenidos en el Título XIX sobre “medio ambiente” experimentaron algunas modificaciones importantes. Entre estas cabe citar la inclusión del fomento de la cooperación internacional en el Artículo 130 R, 1, la introducción del principio de “cautela” o precaución en el Artículo 130 R, 2, el envío del principio de subsidiariedad del Art. 130 R, 4 al Art. 3 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE), y la reformulación completa del Artículo 130 S, relativo a la adopción de decisiones en materia de medio ambiente, reduciendo considerablemente el espacio de la unanimidad en beneficio del llamado

tenible” entre los objetivos de la Unión (TUE, Art. 2) y añadir en el Tratado CE un nuevo artículo 6 que exigía la integración de la protección del medio ambiente en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad¹². Además, el Tratado de Ámsterdam logró unificar casi totalmente los procedimientos de adopción de decisiones en los distintos ámbitos de actuación en materia ambiental, mediante la generalización del llamado “procedimiento de codecisión” en la nueva redacción del Artículo 175 del TCE. Con ello contribuyó a desactivar las viejas disputas sobre la base jurídica de la acción armonizadora en materia ambiental y a mejorar la participación del Parlamento Europeo a nivel institucional. Ni el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, ni el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004, introdujeron modificaciones importantes en materia ambiental.

II. LA POLÍTICA DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea¹³ y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea¹⁴, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. De acuerdo con la nueva sistemática del Tratado, las disposiciones relativas al medio ambiente se encuentran tanto en el Tratado de la Unión Europea (TUE) como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A. Disposiciones generales

En el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, los Estados miembros se declaran decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos “teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible... y la protección del medio ambiente.” En aplicación de este compromiso, el Artículo 3 del TUE, que enumera las finalidades y objetivos de la Unión, establece el objetivo de lograr un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, afirmando en el apartado 3 que la Unión:

“procedimiento de cooperación” (130 S, 1) e, incluso, del llamado “procedimiento de codecisión” (130 S, 3).

¹² Sobre este tema v. sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 2007, asunto C-440/05, *Comisión apoyada por Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*.

¹³ El artículo 1 del Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la Unión Europea.

¹⁴ El artículo 2 del Tratado de Lisboa modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo título se sustituye por “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (artículo 2.1).

“obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado...en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente”.

Esta referencia, que forma parte de las “(d)isposiciones comunes” del TUE, expresa el compromiso de alcanzar progresivamente no solamente un alto nivel de protección del medio ambiente¹⁵ sino también la recuperación y mejora de su calidad en los casos en que éste se hubiera degradado¹⁶. El objetivo de conseguir un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente se proyecta así sobre todas las actuaciones de la Unión y afecta a todas las Instituciones y órganos. El objetivo establecido se aplica a las actuaciones de la Unión en el plano interno (TUE, Art. 3, apartado 3) y se extiende a sus relaciones con el resto del mundo donde la Unión contribuirá “al desarrollo sostenible del planeta” (TUE Artículo 3, apartado 5) y a la elaboración de “medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (TUE, Art. 21, apartado 2 f).

Por otra parte, en aplicación del principio de atribución de competencias establecido en el Artículo 5, apartado 2 del TUE, la acción de la Unión Europea en materia de medio ambiente se define como una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros (artículo 4, apartado 1 e) del TFUE). Ello significa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, del TFUE, que los Estados Miembros ejercerán su competencia en materia ambiental únicamente “en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya”, lo que implica que la acción a nivel nacional tendrá un carácter residual. Este punto se recoge en la Declaración nº 18 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa en la que se afirma que “(c)uando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido no ejercerla”¹⁷.

¹⁵ En la sentencia de 8 de julio de 2010, asunto C-343/09, *Afton Chemical Limited*, (apartado 56) el Tribunal ha subrayado que “...es necesario comprobar si ... el legislador ha procurado mantener un cierto equilibrio entre, por una parte, la protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores y, por otra parte, los intereses económicos de los operadores, todo ello para lograr el objetivo de alcanzar un nivel elevado de protección de la salud y del medio ambiente que encomienda el Tratado”.

¹⁶ En la sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-77/09 *Gowan*, el Tribunal de Justicia ha recordado que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tiene como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, y que las exigencias de esta política deben integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Unión. Sobre este punto v.: C. Amado Gomes, Tiago Antunes: “O ambiente no Tratado de Lisboa: uma relação sustentada”, *Actualidad jurídica ambiental*, 28-V-2010, (Universidad de La Coruña), pp. 1-23, en www.actualidadjuridicaambiental.co.

¹⁷ Diario Oficial de la Unión Europea C 115 de 9 mayo de 2008. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el tema de las competencias compartidas en el ámbito de la protección

Al tratarse de una **competencia compartida** entre la Unión y sus Estados Miembros, resulta también relevante el encuadre del **principio de subsidiariedad** que se formula en el Artículo 5, apartado 3 del TUE:

“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.”

Debe recordarse que el principio de subsidiariedad fue introducido en los Tratados como una garantía frente a la acción comunitaria en materia de medio ambiente al incorporarse esta nueva política en el Acta Única Europea de 1986, siendo luego convertido en un principio de aplicación general por el Tratado de Maastricht de 1992. En la práctica, sin embargo, el principio de subsidiariedad no ha tenido un impacto restrictivo considerable en el desarrollo de la política común de medio ambiente¹⁸.

En la ejecución de la política de medio ambiente de la Unión resulta también particularmente relevante el **principio de proporcionalidad**, establecido en el artículo 5, apartado 4, del TUE en cuya virtud “el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los tratados”, de conformidad con lo establecido en el Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

El último principio relevante en lo que respecta a la acción de la Unión en materia de medio ambiente es el que reclama su integración en las demás políticas y acciones de la Unión¹⁹. El principio de “integración”, introducido por el Tratado de Ámsterdam de 1997 como un nuevo Artículo 6 del TCE, se mantiene hoy con idéntica redacción en el Artículo 11 del TFUE que afirma:

del medio ambiente en su sentencia de 9 de marzo de 2012, asunto C-504/09 P, afirmando lo siguiente: “...en un ámbito de competencias compartidas, como el de la protección del medio ambiente, incumbe al legislador de la Unión determinar las medidas que considera necesarias para alcanzar los objetivos previstos, todo ello respetando los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad consagrados en el artículo 5 CE”.

¹⁸ Sobre este tema v.: J.H. Jans y H.H.B. Vedder, *European Environmental Law After Lisbon*, 4^a ed., Groningen (Europa Law), 2012, p. 19.

¹⁹ Sobre estos principios v.: *Ibid.*, páginas 15 y siguientes.

“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en las demás políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

La ubicación de este principio entre las “Disposiciones de aplicación general” contenidas en el Título II del TFUE implica que la integración de las exigencias de la protección del medio ambiente en las demás políticas y acciones de la Unión resulta aplicable a todas las actuaciones de la Unión y es vinculante para todas sus Instituciones y órganos. Las exigencias de la protección del medio ambiente se convierten así en un elemento que debe ser evaluado necesariamente al definir y realizar todas las políticas y acciones de la Unión y debe ser incorporado en la normativa que se adopte tanto en el ámbito interno como en la acción exterior²⁰.

B. Disposiciones sobre “Medio Ambiente”

El título relativo al medio ambiente es hoy el Título XX de la tercera Parte del TFUE, consagrada a las “Políticas y Acciones Internas de la Unión”. El Título XX constituye la base jurídica específica de la actuación de la Unión en materia de medio ambiente que se configura de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 193²¹.

1. Aspectos generales de la política de medio ambiente (Artículo 191)

El artículo 191 del TFUE define los elementos centrales de la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente, estableciendo sus objetivos, principios y parámetros así como los criterios para el ejercicio de la competencia compartida para la acción exterior en la materia.

a) Objetivos de la política de medio ambiente

Los objetivos que deben guiar la acción de la Unión en materia de medio ambiente se enuncian formalmente en el Artículo 191, apartados 1 y 2. El artículo 191, apartado 1, define en términos muy amplios los objetivos de la política de la Unión en este campo que puede cubrir objetivos relacionados con la calidad del medio ambiente, la salud de las personas y la utilización prudente y racional de los recursos naturales. El último guion de este apartado señala también como un

²⁰ Sobre el principio de integración v.: *Ibid.*, p. 19, y H. Vedder: “The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy”, *Journal of Environmental Law*, 2010, pp. 1-15.

²¹ P. Thieffry (“Droit européen de l’environnement”, *Revue trimestrielle de droit européen* 2010-2, vol. 46, pp. 403-418) subraya el carácter marginal de las modificaciones sustanciales introducidas en el Título XX.

“objetivo” de la acción comunitaria en la materia el “fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático”²².

El artículo 191, apartado 2, contiene varias referencias adicionales que han sido incorporadas en los distintos procesos de revisión de los tratados y que resultan algo duplicativas. En su primer párrafo se reitera que la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado²³, añadiendo que ello se hará teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. El párrafo segundo de éste apartado se refiere a la posibilidad de adoptar medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente, afirmando al respecto que:

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados Miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales, sometidas a un procedimiento de control de la Unión.

Esta disposición, que fue introducida por el Tratado de Maastricht en 1992, se alinea *mutatis mutandis* con lo dispuesto en el Art. 114, apartado 10 del TFUE y será de aplicación en los casos en los que la medida de armonización contemplada no esté específicamente vinculada a la realización del mercado interior.

b) Principios de la política de medio ambiente

La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente debe basarse en los principios enunciados en el Artículo 191, apartado 2. Entre éstos se mencionan, no solamente los principios clásicos, como el tradicional principio de prevención o “acción preventiva”, sino también otros más innovadores tales como el principio de “cautela” (generalmente llamado “principio de precaución”)²⁴, el principio de corrección de los atentados al medio ambiente “preferentemente en la fuente misma” (principio de “corrección en la fuente”) y el principio de “quien contamina paga”. En esencia, estos principios tienen el mismo contenido que los principios fundamentales de Derecho ambiental general examinados en el capítulo 2; la reciente

²² La referencia específica al cambio climático ha sido añadida por el Tratado de Lisboa. Con anterioridad, el Tratado de Maastrich de 1992 había subrayado que la Comunidad Europea debería tener en cuenta en el ejercicio de sus competencias las exigencias especiales de la protección de la Naturaleza (Declaración nº 8, incluida en el Acta Final de la Conferencia que adoptó el Tratado de Maastricht).

²³ Como afirma ya el TUE en su Art. 3, 3.

²⁴ El principio de “cautela” o precaución fue incorporado por el Tratado de Maastricht de 1992.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha pronunciado diversas ocasiones sobre el contenido de estos principios y su interpretación en el Derecho de la Unión²⁵.

c) *Parámetros de la acción en materia ambiental*

Los parámetros que deben guiar la acción de la Unión en materia ambiental se enuncian en el Artículo 191, apartado 3. Entre estos se citan los datos científicos y técnicos disponibles, las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión, las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción y el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de las regiones²⁶. En la sentencia de 8 de julio de 2010, asunto C-343/09 *Afton Chemical Limited* (apartados 32-34), el Tribunal ha explicado el alcance de la exigencia de que, en la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta los datos científicos y técnicos disponibles:

“...es necesario precisar que la amplia facultad de apreciación del legislador de la Unión, que implica un control judicial limitado de su ejercicio, no se ejerce exclusivamente respecto de la naturaleza y el alcance de las disposiciones que hay que adoptar, sino también, en cierta medida, de la comprobación de los datos de base...”

No obstante, dicho control judicial, a pesar de su alcance limitado, requiere que las instituciones comunitarias de las que emane el acto controvertido puedan demostrar ante el Tribunal de Justicia que el acto fue adoptado mediante un ejercicio efectivo de su facultad de apreciación, el cual supone la toma en consideración de todos los datos y circunstancias pertinentes de la situación que se haya pretendido regular mediante el acto en cuestión...”.

d) *Acción exterior de la Unión en materia de medio ambiente*

La política de la Unión en materia de medio ambiente tiene no solo una proyección interna sino también una dimensión internacional que se ha ido intensifi-

²⁵ Sentencia de 9 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08 *Raffinerie Mediterranée (ERG)* (nivel de protección elevado y principio quien contamina paga); sentencia de 8 de julio de 2010, asunto C-343/09 *Afton Chemical Limited* (principio de precaución); sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-77/09 *Gowan* (principio de precaución y principio de proporcionalidad); sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-2/10, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini* (interacción entre el principio de proporcionalidad y el principio de cautela en la actuación de los Estados miembros); sentencia de 4 de marzo de 2010, asunto C-297/08, *Comisión Europea c. República Italiana* (principio de corrección en la fuente); sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-172/08 *Pontina Ambiente Srl* (quien contamina paga), sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) de 7 de marzo de 2013, asunto T-370/11 *República de Polonia c. Comisión Europea* (principio de proporcionalidad).

²⁶ Ello no significa que el Tratado requiera que haya que tener en cuenta todos esos criterios en todos los casos aunque en la práctica los Estados puedan escudarse en las mismas para retrasar la adopción de medidas. J.H. Jans, H.H.B. Vedder: *European Environmental Law...cit.*, p. 52.

cando con el paso del tiempo. Por lo que se refiere a las modalidades operativas de la acción exterior de la Unión en este campo, el Artículo 191, apartado 4, afirma que:

“En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas.

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.”

Estas disposiciones contienen algunos criterios relevantes para el ejercicio de la competencia compartida de la Unión y de sus Estados Miembros en el ámbito de la acción internacional para la protección del medio ambiente, que se desarrollaba generalmente mediante la celebración de los denominados “acuerdos mixtos” (en los que son Partes la Unión y sus Estados Miembros)²⁷. Actualmente, el reparto de competencias establecido en el artículo 191, apartado 4, en materia convencional debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2 del TFUE que limita el ejercicio de la competencia de los Estados Miembros a los casos en los que “la Unión no haya ejercido la suya”. Este criterio implica que, a medida que la Unión vaya celebrando acuerdos internacionales en el ámbito del medio ambiente, irá eliminando la posibilidad de que los Estados miembros puedan continuar negociando y concluyendo dichos acuerdos.

2. Procedimientos de adopción de decisiones, financiación y ejecución (Artículo 192)

a) *Procedimientos de adopción de decisiones*

La adopción de decisiones en materia de medio ambiente fue inicialmente sometido al procedimiento de unanimidad en el Acta Única Europea de 1986. Sin

²⁷ La Conferencia que adoptó el Tratado de Maastricht en 1992 adoptó una “Declaración relativa a los artículos 109, 130 R y 130 Y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”, en la que se afirmaba que las disposiciones de estos artículos “no afectan a los principios que se derivan de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso AETR” (Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Affaire 22-70, Accord européen sur les transports routiers*). Ver: T. Fajardo del Castillo: *La política exterior de la Unión Europea en materia de medio ambiente*, Madrid (Tecnos) 2005; J. Juste Ruiz: “La competencia de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente: aspectos externos”, en T. Scovazzi (Editor) *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration. The Case of the European Community, the MERCOSUR and the NAFTA*, Milano (Giuffrè) 2001, pp. 43-77.

embargo, el TFUE mantiene la línea de progresiva democratización que se ha venido operando a través de los diversos procesos de revisión de los Tratados, ampliando los supuestos de aplicación de procedimientos que implican una mayor participación del Parlamento Europeo y otras instancias representativas de la ciudadanía²⁸.

El Artículo 192, apartado 1, consagra la aplicación del llamado *procedimiento legislativo ordinario* del artículo 294 del TFUE, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, que se convierte así en el procedimiento común o general para la adopción de decisiones en materia de medio ambiente. De esta forma el procedimiento previsto en este artículo se uniformiza con el previsto para la aproximación de legislaciones nacionales en el ámbito del medio ambiente en el Art. 114 del TFUE, excepto en lo relativo a la consulta al Comité de las Regiones, que este Artículo omite. De esta forma se reduce el riesgo de conflicto entre bases jurídicas que ha planteado problemas en el pasado²⁹.

El procedimiento de unanimidad se mantiene todavía hoy en relación con algunos sectores particularmente sensibles con respecto a los cuales los estados Miembros no quieren renunciar a su capacidad de bloqueo. En tal sentido, el Artículo 192, apartado 2 requiere la unanimidad del Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial³⁰, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, para adoptar decisiones en los siguientes ámbitos:

- a) las disposiciones de carácter esencialmente fiscal;
- b) las medidas que afecten a la ordenación territorial, la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la dispo-

²⁸ La profundización del elemento democrático en el ámbito de la política de medio ambiente se ha manifestado especialmente en la progresiva reducción de los procedimientos de unanimidad, que constituía el único procedimiento aplicable según el AUE de 1986, y el paralelo aumento de las decisiones sometidas al procedimiento de cooperación y codecisión. Desde el Tratado de Ámsterdam, se estableció también la participación del Comité de las Regiones cuya consulta resulta obligatoria antes de que el Consejo decida las acciones que deban emprenderse en este ámbito. La participación del Comité de las Regiones debe producirse hoy, por lo tanto, no solamente en los casos en los que se aplica el procedimiento legislativo ordinario (en aplicación del artículo 192, apartados 1 y 3), sino también en los casos en los que se mantiene el procedimiento de unanimidad, en aplicación del artículo 192.2.

²⁹ Ver: asunto C-300/89 (*Commission des Communautés Européennes contre Conseil des Communautés Européennes, Directive sur les déchets de dioxyde de titane*) (*Commission/Conseil*), Sentencia de 11 de Junio de 1991 (Recueil de jurisprudence 1991, p. I-2867); asunto C-411/06 *Comisión contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Sentencia de 8 de septiembre de 2009; asunto T-370/11, *República de Polonia c. Comisión Europea*, sentencia de 7 de marzo de 2013.

³⁰ V. Artículo 289.2

nibilidad de dichos recursos, y la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;

- c) las que afecten de modo significativo a la elección por un Estado miembros entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético

Esta reserva residual del procedimiento de unanimidad, que se explica por el carácter extremadamente sensible de las materias de que se trata, no es sin embargo absoluta o inamovible ya que puede ser modificada por los Estados Miembros en el seno del Consejo actuando por unanimidad. Así, de acuerdo con lo previsto en el párrafo final del Artículo 192, apartado 2:

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrá disponer que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a los ámbitos mencionados en el párrafo primero.

Esta excepción de la excepción permitirá al Consejo decidir por unanimidad y aplicar también el procedimiento legislativo ordinario en los ámbitos inicialmente reservados a la unanimidad (fiscalidad, recursos hídricos, ordenación territorial y abastecimiento energético).

El procedimiento legislativo ordinario del artículo 294 TFUE, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, se mantiene también en lo que respecta a la adopción de los programas de acción de carácter general “que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse”, contemplados en el Artículo 192, apartado 3. Las medidas de ejecución de estos programas de acción serán también adoptadas por ese mismo procedimiento, salvo en los casos excepcionales reservados al procedimiento de unanimidad en el artículo 192, apartado 2.

b) Financiación y ejecución

El Artículo 192, apartado 4, afirma que, sin perjuicio de determinadas medidas adoptadas por la Unión (indeterminadas en el texto), corresponde a los Estados miembros la financiación y la ejecución de la política de medio ambiente. En principio, pues, cada Estado Miembro debe asumir los costes que conlleva la ejecución de las medidas adoptadas por la Unión en el ejercicio de sus competencias en materia de medio ambiente. Sin embargo, el Artículo 192, párrafo 5, prevé que, sin perjuicio del principio de quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1, implique costes considerados desproporcionados por un Estado miembro, dicha medida establecerá las disposiciones adecuadas en forma de excepciones temporales, apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión creado de conformidad con el artículo 177, o ambas

posibilidades³¹. Las medidas de apoyo financiero para proyectos ambientales a través del Fondo de Cohesión han sido utilizadas con cierta amplitud, siendo España uno de los Estados Miembros que se ha beneficiado especialmente de esta posibilidad tras su adhesión a las Comunidades europeas.

3. Medidas nacionales de mayor protección (Artículo 193)

El artículo 193 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de mantener y adoptar medidas nacionales “de mayor protección” ambiental, siempre que dichas medidas resulten “compatibles con los Tratados”, que deberán ser notificadas a la Comisión (precisión introducida por el Tratado de Maastricht). Este artículo constituye una excepción paralela a la prevista en el Artículo 114, apartados 4 a 6, para el caso de posibles derogaciones a las medidas armonizadoras adoptadas en el marco de la realización del mercado interior. Sin embargo, las excepciones reconocidas en el artículo 193 se refieren únicamente al mantenimiento o adopción de medidas nacionales “de mayor protección”, razón por la que quizás se ha prescindido de las cautelas procesales detalladas que se prevén en el caso del Artículo 114.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la cuestión de la determinación de los casos y condiciones en que el Derecho de la Unión permite a los Estados miembros la introducción de unas medidas nacionales de protección más estrictas que las previstas en la normativa de la Unión en el ámbito del medio ambiente, y, en concreto, sobre el artículo 193, en su sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-2/10 *Azienda Agro-Zootecnica Franchini*, y ha afirmado lo siguiente:

“... procede señalar que la normativa de la Unión en el ámbito del medio ambiente no pretende alcanzar una armonización completa...”

... el artículo 193 TFUE prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de mayor protección. Este artículo somete tales medidas únicamente a los requisitos de que sean compatibles con el Tratado FUE y de que sean notificadas a la Comisión...

... debe señalarse que el referido artículo impone a los Estados miembros la obligación de notificar a la Comisión las medidas de mayor protección que quieran mantener o adoptar en materia de medio ambiente, pero no supedita la aplicación de las medidas adoptadas al acuerdo o a la oposición de la Comisión. En este contexto, debe observarse que... ni el tenor literal ni la finalidad de la disposición examinada, permiten, por tanto, considerar que el incumplimiento de la obligación de notificación que corresponde a los

³¹ En el ámbito de la Cohesión Económica, Social y Territorial, el artículo 177 del TFUE mantiene el Fondo de Cohesión destinado a proporcionar una contribución financiera a proyectos en los sectores del medio ambiente, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, y tras consultar al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones.

Estados miembros en virtud del artículo 193 TFUE provoquen, por sí mismo, la ilegalidad de las medidas de protección así adoptadas...

No es menos cierto que las medidas nacionales de mayor protección establecidas por la normativa nacional...también deben cumplir las otras disposiciones del Tratado FUE...".

C. *La protección del medio ambiente en otros ámbitos de actuación*

Con carácter adicional a la política de medio ambiente, otras disposiciones de los Tratados prevén la adopción de medidas de protección ambiental en el marco de otras políticas y acciones de la Unión, por ejemplo, la política energética (artículo 194 del Tratado FUE)³².

1. Disposiciones sobre aproximación de legislaciones

El artículo 114 del TFUE, establece un procedimiento especial de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros para la consecución de los objetivos del mercado interior, que incluye expresamente la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de protección del medio ambiente. El artículo 114, apartado 1, dispone así que:

“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.

Las “medidas” de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de medio ambiente, que normalmente tendrán la forma de directivas³³, se adoptarán mediante el llamado *procedimiento legislativo ordinario*, que se establece en al

³² Sobre este tema v. la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011, asunto C-2/10 *Azienda Agro-Zootecnica Franchini*) y la sentencia del Tribunal General en el asunto T-370/11, *República de Polonia c. Comisión Europea*, de 7 de marzo de 2013.

³³ Aunque desde el AUE éste artículo utiliza el término “medidas”, una Declaración sobre el Artículo 95 del TCE, incluida en el Acta Final de la Conferencia que adoptó el Tratado de Maastrich de 1992, afirmaba que: “La Comisión favorecerá, en sus propuestas... el recurso al instrumento de la directiva si la armonización implica en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legales”. Actualmente, el apartado 1 del Artículo 296 del TFUE dispone que “Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad”.

artículo 289.1 del Tratado TFUE y se define en el artículo 294 del TFUE, previa consulta al Comité Económico y Social.

El artículo 114, apartado 3, en línea con lo establecido con carácter general en el artículo 3 del TUE, afirma que la Comisión, en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de protección del medio ambiente, se basará en “un nivel de protección elevado” y que “en el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo”. Así pues, la exigencia de protección elevada en la armonización de las legislaciones ambientales de los Estados Miembros se aplica no solo a las propuestas de la Comisión sino también a la actividad institucional del Parlamento Europeo y del Consejo, en el marco de sus respectivas competencias. También se exige que se tomen en consideración las novedades basadas en hechos científicos, disposición que debe entenderse como un criterio de actualización científica de la acción armonizadora de las Instituciones, perfectamente en línea con los parámetros que deben inspirar la política de la Unión en el área del medio ambiente conforme al artículo 191.3 TFUE.

El artículo 114, apartados 4 y 5, contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener o adoptar a nivel nacional disposiciones relacionadas con la protección del medio ambiente que se aparten de las medidas de armonización comunitarias. La adopción de estas medidas nacionales excepcionales se somete a una disciplina detallada y severa, con el fin de evitar posibles distorsiones o abusos, estableciéndose condiciones muy precisas de procedimiento y control. El Artículo 114, apartado 4, reconoce a los Estados miembros la posibilidad de *mantener disposiciones nacionales* relacionadas con la protección del medio ambiente, tras la adopción de una medida de armonización de la Unión, debiendo notificar a la Comisión dichas disposiciones así como los motivos de su mantenimiento. El Artículo 114, apartado 5, reconoce también a los Estados miembros, en los mismos supuestos, la posibilidad de *establecer nuevas disposiciones nacionales* relativas a la protección del medio ambiente. En este caso, se exige no sólo que las medidas proyectadas (y sus motivos) se notifiquen debidamente a la Comisión sino también que dichas medidas estén “basadas en novedades científicas relativas a ...la protección del medio ambiente” y que estén “justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro surgido con posterioridad a la adopción de la medida de armonización”. El laconismo del texto deja sin respuesta clara la cuestión de saber si las disposiciones nacionales derogatorias de la medida armonizadora de la Unión deben ser de “mayor protección” o pueden situarse también por debajo del umbral de protección de aquella medida armonizadora.

El Artículo 114, apartado 6, establece que la Comisión dispone de un plazo de seis meses a partir de la notificación, para aprobar o rechazar las disposiciones nacionales que se pretende mantener o introducir, “después de haber comprobado

si se trata o no de un medio de discriminación arbitraria o de una restricción encubierta del comercio entre Estados miembros y si constituyen o no un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior”. Si la Comisión no se pronuncia dentro del plazo de seis meses se entenderá que la disposición nacional derogatoria ha sido aprobada, a menos que la Comisión notifique la extensión del plazo otros seis meses por la complejidad del asunto.

Por otra parte, el Artículo 114, apartado 7, establece que, una vez autorizada una disposición nacional derogatoria de la medida de armonización comunitaria, la Comisión podrá estudiar inmediatamente la posibilidad de proponer una adaptación a dicha medida. Este apartado subraya el carácter interino de las derogaciones autorizadas y habilita a la Comisión para proponer de inmediato una nueva medida armonizadora que permita eliminar cuanto antes la antinomia que suponen las disposiciones nacionales que se apartan de las disposiciones de armonización.

El sistema incluye una garantía jurisdiccional adicional establecida en el Artículo 114, apartado 9. Esta garantía jurisdiccional, que existía ya en el antiguo artículo 100 A, constituye una base de competencia judicial autónoma, y habilita a la Comisión y a cualquier Estado miembro para que recurran directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si considera que otro Estado miembro abusa de las facultades previstas en el presente artículo. Se trata de un recurso especial de incumplimiento en el que no hay que agotar el procedimiento previo previsto en los artículos 258 y 259 TFUE. El mantenimiento y desarrollo de esta garantía jurisdiccional adicional prueba, una vez más, la extraordinaria sensibilidad existente en relación con las cuestiones ambientales en el marco de la Unión, que las disposiciones de los Tratados reconocen y regulan.

Por último, el Artículo 114, apartado 10, establece que las medidas armonizadoras incluirán en los casos apropiados “cláusulas de salvaguardia”, que podrán incluirse en las medidas de armonización adoptadas por la Unión, para autorizar a los Estados miembros a adoptar, “por uno o varios motivos no económicos indicados en el artículo 36, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión”³⁴.

³⁴ Las “cláusulas de salvaguardia” previstas en el Artículo 114, apartado 10, se distinguen de las derogaciones previstas en los apartados 4 a 9 de esta disposición, por los siguientes elementos: 1) se incorporan en la propia medida armonizadora comunitaria; 2) se aplican por igual a todos los Estados Miembros que se encuentren en la situación contemplada; 3) se aplican cuando se produce la situación excepcional contemplada; y 4) su adopción está sometida a “un procedimiento de control de la Unión”.

2. Disposiciones relativas a la acción exterior de la Unión

La política de protección del medio ambiente no solamente se aplica en el plano interno de la Unión sino que se ha ido extendiendo progresivamente a diversos sectores de su acción exterior. Esta tendencia ha sido mantenida y ampliada por el Tratado de Lisboa en el que el Artículo 3, apartado 5 del TUE afirma que

“(e)n sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá...el desarrollo sostenible del planeta”.

En aplicación de este objetivo, el Artículo 21, apartado 2 del TUE dispone que “(l)a Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de:

.../...

d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza;

.../...

f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible...”

g) ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales de origen humano ...

En el apartado 3 de este mismo artículo se subraya que la Unión respetará estos principios y perseguirá estos objetivos al formular y llevar a cabo su acción exterior en los distintos ámbitos cubiertos por el Título V del TUE (disposiciones generales sobre la acción exterior y disposiciones específicas sobre la PESC) y por la quinta parte del TFUE (acción exterior de la Unión) así como los aspectos exteriores de las demás políticas.

A la luz de estas disposiciones cabe afirmar que los objetivos de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente resultan actualmente de aplicación en un amplio espectro de actividades exteriores de la Unión entre las que cabe enumerar:

- la dimensión internacional de la política de medio ambiente de la Unión (Artículo 191, 1 y 4 del TFUE).
- la acción exterior de la Unión en las materias contempladas en la quinta parte del TFUE entre las que se incluyen: la política comercial común (TFUE Quinta Parte, Título II, Artículo 206), la cooperación para el desarrollo (TFUE Quinta Parte, Título III, Cap. 1), la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países (TFUE Quinta Parte, Título III, Cap. 2) y la Ayuda Humanitaria (TFUE Quinta Parte, Título III, Cap. 3).

- los aspectos exteriores de las demás políticas de la Unión (como la política pesquera, energética, de transportes, agrícola, etc.).
- la Política Exterior y de Seguridad Común (Título V, Capítulo 2 del TUE).

3. Medidas basadas en el Artículo 352 del TFUE

El artículo 352 del TFUE mantiene la sustancia del viejo artículo 235 del Tratado CEE que, ante el silencio de los Tratados constitutivos, hizo posible la adopción de algunas medidas ambientales por las Instituciones comunitarias. Actualmente este artículo, reenumerado como **artículo 352**, ha sido objeto de una profunda revisión pero no parece verosímil que vuelva a utilizarse como base jurídica de medidas ambientales que ya poseen bases jurídicas específicas.

III. LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE MEDIO AMBIENTE DE LA UNIÓN

A. Aspectos institucionales

En el ejercicio de las competencias en el ámbito del medio ambiente intervienen, según los casos, distintas Instituciones y órganos de la Unión.

El Consejo Europeo, está compuesto “por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión”³⁵. El Consejo Europeo no ejerce funciones legislativas ya que su cometido es dar a la Unión “los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales”³⁶. Aunque no se le asignan explícitamente responsabilidades en el ámbito del medio ambiente, es obvio que el Consejo Europeo puede incidir en esta materia en el ejercicio de sus atribuciones internas y externas³⁷.

El Consejo está compuesto por “un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto”³⁸. En su formación “Medio ambiente”, el Consejo se ocupa normalmente de las cuestiones medioambientales

³⁵ TUE art. 15.2.

³⁶ TUE art. 15.1.

³⁷ Según las Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión, “el Consejo Europeo determinará los intereses y objetivos estratégicos de la Unión”, basándose en los principios y objetivos enumerados en el artículo 21 (Artículo 22.1 TUE).

³⁸ TUE art. 16.2.

que se suscitan, aunque determinadas materias pueden ser de la competencia del Consejo “Agricultura y Pesca”.

La Comisión Europea está organizada en unidades administrativas configuradas como Direcciones Generales. En el ámbito del medio ambiente, la principal responsabilidad corresponde a la Dirección General Medio Ambiente y también a la Dirección General Acción por el Clima, aunque determinados aspectos del tema sean también de la competencia de la Dirección General Mercado interior y Servicios, de la Dirección General Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, de la Dirección General Agricultura y Desarrollo Rural y de la Dirección General Asuntos Marítimos y Pesca. La Comisión es la principal impulsora de la acción normativa comunitaria, ya que, como regla general, las decisiones y los actos normativos del Consejo sólo pueden ser adoptados sobre la base de una propuesta de la Comisión³⁹. La Comisión dispone asimismo de la competencia para adaptar las disposiciones medioambientales a las exigencias del progreso científico y técnico, principalmente mediante la modificación de las reglas que figuran en los anexos técnicos de las directivas; esta tarea se realiza con la colaboración de los Estados, representados en Comités especiales. La Comisión ejerce también misiones de control de la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la protección del medio ambiente; en particular, son relevantes las competencias de control que le corresponden con respecto a las medidas nacionales de mayor protección ambiental que los Estados miembros pueden mantener o adoptar en virtud de los artículos 114 y 193. En su función de guardiana de los Tratados, la Comisión vigila el cumplimiento de las disposiciones y actos jurídicos comunitarios en el ámbito del medio ambiente y persigue ante el Tribunal de Justicia los casos en los que estima estar en presencia de una situación de incumplimiento.

El Parlamento Europeo, está “compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión”, cuyo número “no excederá de setecientos cincuenta, más el Presidente”⁴⁰. Inicialmente, el PE ejerció sus competencias en el ámbito del medio ambiente en tanto que órgano de consulta e impulso político. Pero, a través de las sucesivas revisiones de los Tratados, fue asumiendo progresivamente mayor protagonismo en el proceso de adopción de decisiones mediante la expansión del

³⁹ TUE art. 17.2. En el Artículo 11.4 del TUE se reconoce la iniciativa legislativa de los ciudadanos de la Unión, en los términos siguientes: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”. De conformidad con lo previsto en el Artículo 24 del TFUE, la iniciativa ciudadana ha sido desarrollada por el Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre iniciativa ciudadana (DO L65 de 11 de marzo de 2011).

⁴⁰ TUE art. 14, 2.

llamado “procedimiento de codecisión”, hoy denominado *procedimiento legislativo ordinario* previsto en el artículo 294 del TFUE⁴¹. Como ya hemos dicho, este es el procedimiento utilizado mayoritariamente en el ámbito del medio ambiente, conforme a lo previsto en el artículo 114, párrafo 1 y en el artículo 192, párrafos 1 y 3 del TFUE.

El Parlamento funciona mediante comisiones, en un régimen comparable al de los Parlamentos nacionales. Entre ellas está la Comisión del Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria, auténtica “caja de resonancia” de la opinión pública europea. También debe señalarse el papel que en esta materia, particularmente sensible para la ciudadanía, puede llegar a desempeñar el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y la facultad de dirigirse al Defensor del Pueblo, establecidos en el artículo 24 del TFUE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una relevante jurisprudencia en el ámbito del medio ambiente, en relación con más de cuatrocientos asuntos. Las primeras aportaciones se encuentran en afirmaciones fundamentales contenidas en algunas sentencias dictadas a partir de 1980. A esta jurisprudencia hay que añadir la formulada por el Tribunal a partir de la entrada en vigor del Acta Única Europea, en julio de 1987, y publicada ya bajo la rúbrica “Medio ambiente”. El Tribunal de Justicia ha resuelto muchos de los problemas institucionales planteados en relación con la política de medio ambiente y también ejerce una constante corrección de los casos de incumplimiento por parte de los Estados miembros⁴².

El Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones son los órganos consultivos de la Unión⁴³. El Comité Económico y Social, en determinados casos, debe ser preceptivamente consultado por el Consejo en relación con la armonización de las disposiciones medioambientales de los Estados miembros (artículo 114 TFUE), así como en el contexto del capítulo de la política de medio ambiente (artículo 192, párrafos 1, 2 y 3 TFUE). El Comité de las Regiones debe también ser preceptivamente consultado por el Consejo, en determinados casos, en el ámbito de la política del medio ambiente (artículo 192, párrafos 1, 2 y 3).

Por último, entre los órganos creados para cumplir cometidos específicos en relación con la política de medio ambiente hay que señalar, sobre todo, la Agencia Europea de Medio Ambiente, creada por el Reglamento (CEE) N° 1210 del Con-

⁴¹ En ocasiones, el contencioso medioambiental comunitario ha opuesto el Parlamento Europeo a otras Instituciones: TJCE, sentencia de 25 de febrero de 1999, (Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea), C-164/97 y C-165/97.

⁴² Sobre este tema ver: J.H. Jans, H.G. Sevenster, J.M.P. Janssen: “Environmental Spill-Overs Into General Community Law”, *Fordham International Law Journal* 2007, vol. 31-5, pp. 1360-1386.

⁴³ TFUE, art. 300.

sejo de 7 de mayo de 1990 por el que se crea la Agencia Europea de Medio Ambiente y la red europea de información y de observación sobre el medio ambiente⁴⁴. El objetivo de la Agencia consiste en proporcionar a la Unión y a los Estados miembros informaciones objetivas, fiables y comparables a escala europea que les permitan tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, evaluar su aplicación y garantizar una buena información al público sobre la situación del medio ambiente, así como el apoyo técnico y científico necesario para este fin.

B. Principales actos normativos

La normativa de la Unión Europea relativa al medio ambiente se caracteriza hoy tanto por su volumen como por su variedad. El acto normativo más utilizado en el sector ambiental es sin duda la directiva, aunque también se han adoptado algunos reglamentos, decisiones y recomendaciones⁴⁵. Para el examen de la acción normativa desarrollada pueden distinguirse por un lado, los actos normativos de carácter transversal y, por otro lado, las disposiciones de carácter sectorial, es decir, aquellas que regulan las distintas parcelas del medio ambiente.

1. Disposiciones transversales

Entre las disposiciones aplicables a todos los sectores ambientales cabe señalar diversos actos normativos de particular importancia para la aplicación de los principios de la política de medio ambiente. Tales son, por ejemplo, la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente⁴⁶, modificada en varias ocasiones de forma sustancial y codificada por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente Texto pertinente a efectos de EEE⁴⁷, la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (Ver-

⁴⁴ Este Reglamento ha sido modificado en diversas ocasiones y de forma sustancial, en aras de una mayor racionalidad y claridad, ha sido codificado por el Reglamento (CE) n° 401/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativo a la Agencia Europea de Medio Ambiente y la Red Europea de Información y de Observación sobre el Medio Ambiente (versión codificada) DO L n° 126 de 21 de mayo de 2009.

⁴⁵ Recordemos que el apartado 1 del Artículo 296 del TFUE dispone que “Cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad”.

⁴⁶ DO L 175 de 5 de julio de 1985.

⁴⁷ DO L 26 de 28 de enero de 2012.

sión codificada)⁴⁸, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medio ambientales⁴⁹, y la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal⁵⁰.

Otros actos normativos adoptados tienen por objeto potenciar la información por parte de los Estados miembros sobre la situación del medio ambiente: por ejemplo: Decisión 76/161/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, por la que se establece un procedimiento común para la constitución y actualización de un inventario de fuentes de información en materia de medio ambiente en la Comunidad⁵¹. También se han adoptado normas relativas a la participación del público, tales como la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente⁵² y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo⁵³.

Otros actos normativos pretenden introducir las consideraciones ambientales en las estructuras empresariales. En esta línea se encuentran: el Reglamento n° 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS)⁵⁴; el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 761/2001 y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión⁵⁵, y el Reglamento (CE) n° 66/2010 del Parlamento Europeo y del

⁴⁸ DO L 24 de 29 de enero de 2008.

⁴⁹ DO L 143, de 30 de abril de 2004.

⁵⁰ DO L 328 de 6 de diciembre de 2008.

⁵¹ DO L 31 de 5 de febrero de 1976.

⁵² DO L 158 de 23 de junio de 1990.

⁵³ DO L 156 de 25 de junio de 2003.

⁵⁴ DO L 168 de 10 de julio de 1993.

⁵⁵ DO L 342 de 22 de diciembre de 2009. V. también 2011/832/EU: Decisión de la Comisión, de 7 de diciembre de 2011, relativa a una guía sobre el registro corporativo de organizaciones de la EU, de terceros países y de ámbito mundial, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMA),

Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE Texto pertinente a los efectos del EEE⁵⁶.

Asimismo, la Comunidad Europea creó instrumentos de financiación en materia de medio ambiente mediante el Reglamento CE n° 1655/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE)⁵⁷, modificado por el Reglamento (CE) n° 1682 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de setiembre de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 165/2000 relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE)⁵⁸.

2. Disposiciones sectoriales

La normativa sectorial en materia de medio ambiente es muy amplia y alcanza, en ocasiones, un elevado grado de tecnicismo, cubriendo ya un amplio espectro de sectores.

Así, en materia de control de la contaminación atmosférica se han adoptado diversos actos normativos relativos a combustibles⁵⁹, emisiones de vehículos a motor⁶⁰, emisiones de instalaciones industriales⁶¹, incineración de residuos⁶² y protección de los bosques contra la contaminación atmosférica⁶³. También se han

notificada com el número C(2011) 8896, texto pertinente a efectos del EEE (Diario Oficial L 330 de 14 de diciembre de 2011).

⁵⁶ DO L 027 de 30 de enero de 2010.

⁵⁷ DO L 192 de 28 de julio de 2000.

⁵⁸ DO L 308 de 5 de octubre de 2004.

⁵⁹ Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte (DO L 123 de 17 de mayo de 2003), derogada por la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 140 de 5 de junio de 2009).

⁶⁰ Directiva 80/1268/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el consumo de carburante de los vehículos a motor (DO L 375 de 31 de diciembre de 1980).

⁶¹ Directiva 84/360/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de las instalaciones industriales (DO L 188 de 16 de julio de 1984).

⁶² Directiva 2000/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2000, relativa a la incineración de residuos (DO L 332 de 28 de diciembre de 2000).

⁶³ Reglamento (CEE) n° 3528/86 del Consejo relativo a la protección de los bosques en la Comunidad contra la contaminación atmosférica, de 17 de noviembre de 1986 (DO L 326 de 21 de noviembre de 1986), modificado por el Reglamento (CEE) n° 1631/89 del Consejo, de 29 de mayo de 1989 (DO L 165 de 15 de junio de 1989), por el Reglamento (CEE) n° 2157/92 del Consejo de 23 de julio de 1993 (DO L 217 de 31 de julio de 1992), y por el Reglamento (CEE)

adoptado normas sectoriales sobre la gestión de los desechos⁶⁴ y sobre seguridad nuclear⁶⁵ y residuos radioactivos⁶⁶. Muy completa es la normativa relativa a protección y gestión de las aguas⁶⁷ y, asimismo, se han adoptado diversos actos normativos relativos a la calidad de las aguas de baño⁶⁸, y un marco de acción comunitaria para la política del medio marino⁶⁹.

n° 926/93 de la Comisión, de 1 de abril de 1993 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1696/87 por el que se establecen determinadas modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 3528/86 del Consejo relativo a la protección de los bosques en la Comunidad contra la contaminación atmosférica (DO L 100 de 26 de abril de 1993). También hay que hacer referencia a la Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa (DO L 152 de 11 de junio de 2008).

⁶⁴ Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 sobre residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (DO L 312 de 22 de noviembre de 2008); Reglamento (CE) n° 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativo a los traslados de residuos (DO L 190 de 12 de julio de 2006).

⁶⁵ Directiva 2009/71/Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2009, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares (DO L 172 de 2 de julio de 2009).

⁶⁶ Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 1994, sobre gestión de residuos radioactivos (DO C 379 de 31 de diciembre de 1994), y la directiva 2011/70/Euratom del Consejo, de 19 de julio de 2011, por la que se establece un marco comunitario para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y de los residuos radioactivos (DO L 199 de 2 de agosto de 2011).

⁶⁷ Por ejemplo, la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DO L 327 de 22 de diciembre de 2000), modificada por la Decisión n° 2455/2001/CE del Parlamento y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001 (DO L 331 de 15 de diciembre de 2001), por la Directiva 2008/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de noviembre de 2008 (DO L 81 de 20 de marzo de 2008), por la Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (DO L 348 de 24 de diciembre de 2008), y por la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO L 140 de 5 de junio de 2009).

⁶⁸ Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño (DO L 31 05.02.1976), derogada por la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño y por la que se deroga la Directiva 76/169/CE (DO L 64 de 4 de marzo de 2006). Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad (DO L 129 de 18 de mayo de 1976).

⁶⁹ Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política de medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina), DO L 164 de 25 de junio de 2008. V. también Reglamento (UE) n° 530/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, relativo a la introducción acelerada de normas en materia de doble caso o de diseño equivalente para petroleros de casco único (DO L 172 de 30 de junio de 2012), y la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre seguridad de las operaciones

Otras disposiciones se refieren a sustancias químicas, riesgos industriales y biotecnología, por ejemplo, el Reglamento (UE) n° 649/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos Texto pertinente a efectos del EEE⁷⁰, la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE Texto pertinente a efectos del EEE⁷¹, y la Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (versión refundida) Texto pertinente a efectos del EEE⁷².

También existe una rica normativa comunitaria en materia de conservación de la fauna y de la flora, por ejemplo, la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres⁷³, y la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres⁷⁴.

C. *Acuerdos internacionales*

En el ámbito de la cooperación internacional, la Comunidad Europea y sus Estados miembros han desempeñado también un papel importante, en la búsqueda de soluciones de los problemas relativos a la protección del medio ambiente. El artículo 191 TFUE señala en este sentido que uno de los objetivos de la Comunidad es “el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático”.

La acción convencional de la Comunidad en materia de medio ambiente ha sido muy amplia y diversificada, siendo parte en un elevado número acuerdos internacionales. Entre estos cabe citar, a modo de ejemplo, los relativos a la protección de la capa de ozono⁷⁵, el Convenio de Basilea sobre el control de los mo-

relativas al petróleo y al gas mar adentro, y que modifica la Directiva 2004/35/CE Texto pertinente a efectos del EEE (DO L 178 de 28 de junio de 2013).

⁷⁰ DO L 201 de 27 de julio de 2012.

⁷¹ DO L 197 de 24 de julio de 2012.

⁷² DO L 125 de 21 de mayo de 2009.

⁷³ DO L 103 de 25 de abril de 1979.

⁷⁴ DO L 206 de 22 de julio de 1992.

⁷⁵ Por ejemplo: el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985 (DO L 297 de 31 de octubre de 1988) y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987 (DO L 297 de 31 de octubre de 1988).

vimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989⁷⁶, el Convenio sobre la diversidad biológica de 1992⁷⁷ y el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología de 2000⁷⁸, el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992⁷⁹, el Protocolo de Kioto de 1997⁸⁰, y los convenios regionales sobre protección del medio marino especialmente en el Atlántico Noreste⁸¹ y en el Mediterráneo⁸².

⁷⁶ DO L 039 de 16 de febrero de 1993.

⁷⁷ DO L 309 de 13 de diciembre de 1993.

⁷⁸ DO L 201 de 31 de julio de 2002.

⁷⁹ DO L 39 de 16 de febrero de 1993.

⁸⁰ DO L 130 de 15 mayo de 2002. V. también la Decisión n° 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020 (DO L 140 de 5 de junio de 2009). El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre los efectos del Protocolo de Kyoto en el Derecho de la Unión en el asunto C-366/10 *Air Transport Association of America*, sentencia de 21 de diciembre de 2011.

⁸¹ Acuerdo de cooperación para la protección de las costas y de las aguas del Atlántico del Nordeste contra la polución (DO L 267 de 28 de octubre de 1993). V. también 2010/655/UE: Decisión del Consejo, de 19 de octubre de 2010, relativo a la celebración en nombre de la Unión Europea, del Protocolo adicional relativo al Acuerdo de cooperación para la protección de las costas y de las aguas del Atlántico del Nordeste contra la polución (DO L 285 de 30 de octubre de 2010).

⁸² Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación (Convenio de Barcelona), DO L 240 de 19 de setiembre de 1977. Enmiendas al Convenio para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación (DO L 322 de 14 de diciembre de 1999). V. también 2010/631/UE: Decisión del Consejo, de 13 de setiembre de 2010, sobre la celebración en nombre de la Unión Europea, del Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo, al Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (DO L 279 de 23 de octubre de 2010), y 2013/5/UE: Decisión del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental (DO L 4 de 9 de enero de 2013).

