

---

# VARIACIONES EN TORNO A LA SINCERIDAD DE LA MOTIVACIÓN AMBIENTAL EN LA DISPUTA INTERNACIONAL

**Jean-Marc Sorel**

Profesor de Derecho Público - Escuela de Derecho Sorbona (Universidad Paris I)  
E-mail: [j-m.sorel@wanadoo.fr](mailto:j-m.sorel@wanadoo.fr)

## RESUMEN

Este trabajo se propone realizar un enfoque descriptivo y empírico, así como promover un análisis comparativo sobre el derecho al medio ambiente en las Constituciones de Brasil, España y África del Sur, con el fin de presentar los avances y desafíos a su efectividad. Es posible afirmarlo como un derecho fundamental y de dimensiones objetiva y subjetiva, en el contexto de los tres países. La Constitución española, sin embargo, crea dificultad para su ejercicio, por negarle el recurso de amparo, fragilizando su dimensión subjetiva. Brasil y África del Sur reforzaron el acceso a la justicia ambiental. La gran divergencia entre los países reside en la clasificación generacional del derecho al medio ambiente. La presente investigación, se valdrá, metodológicamente, de la revisión bibliográfica asociada al análisis comparativo de los textos constitucionales de Brasil, de España y de África del Sur.

**Palabras clave:** Medio ambiente; Constituciones Brasil, España, África del Sur.

***CONSTITUTIONALIZATION OF THE ENVIRONMENT IN  
BRAZIL, SPAIN AND SOUTH AFRICA: ADVANCES AND  
CHALLENGES***

**ABSTRACT**

This search proposes to carry out a descriptive and empirical approach, as well as to promote a comparative analysis of the right to the environment in the Brazilian, Spanish and South African Constitutions, in order to present the advances and challenges to its realization. It is possible to affirm it as a fundamental right and of objective and subjective dimensions, in the context of the three countries. The Spanish Constitution, however, creates difficulty in its exercise, by denying it the action of protect, weakening its subjective dimension. Brazil and South Africa have strengthened access to environmental justice. The great divergence between countries lies in the generational classification of the right to the environment. The present research will be methodologically based on the bibliographical review associated with the comparative analysis of the texts of the Constitutions of Brazil, Spain and South Africa.

**Keywords:** environment; constitution Brazil, Spain,

Sin duda, es inútil comenzar por una constatación de sentido común: no existe jurisdicción especializada en derecho ambiental en el derecho internacional. A partir de entonces, nadie es «especializado» en este ámbito, así que todos lo hacen, a veces accidentalmente, y casi siempre (para el ORD, sobre todo) una vez que las cuestiones de confrontación entre el derecho especializado, en relación a una jurisdicción, y cuestiones medioambientales surgen. Esto se debe notablemente al hecho de que ninguna organización internacional (de donde emergen a continuación las jurisdicciones internacionales) existe específicamente en lo que se refiere al medio ambiente, pese a que hay una antigua proposición francesa que nunca se concretó. Es claro el PNUA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), (notablemente) en el seno de las Naciones Unidas; sin embargo, se trata de un órgano subsidiario y no de una organización plena, además, no dotado de una jurisdicción. Esto no impide que se profundice la problemática ambiental como objeto de derecho en el derecho internacional sea real, a tal punto que los sujetos de estudios se multipliquen y que sea en adelante, raro que un doctorando no le proponga un tema abordando esas cuestiones<sup>1</sup>.

El balance de los principales casos litigiosos en materia de medio ambiente no es ni insignificante, ni particularmente significativo. Se puede evaluar que es «honesto», ya que no se debe olvidar que el inexpressivo número de casos debe ser evaluado a la norma del número de judiciales, en este caso más frecuente, los Estados. Los casos son conocidos<sup>2</sup> al menos

1 Esta invasión es, sin duda, simbolizada de manera humorística en una entrada del *Diccionario de las ideas recibidas en derecho internacional (en homenaje amigable a Alain Pellet)*; H. Ascensio, P. Bodeau, M. Forteaus, F. Latty, J-M Sorele e M. Ubeda (dir), Pedone, Paris, 2017. Véase la entrada redactada por Celine Negre consagrada en «El medio ambiente (derecho internacional del): Nueva religión monoteísta», pp. 215-220.

2 En este listado (o al menos citado) no hay ninguna vocación en ser exhaustivos los casos siguientes (cuyas referencias no serán recordadas): Arbitraje: Sentencia de 11 de marzo de 1941, *Fundición del Trail* (Estados Unidos x Canadá), (colección de *sentencias arbitrales, vol III, pp. 1905-1982*) ; Sentencia de 25 de mayo de 2005, *Reno de hierro* (Bélgica x Países Bajos). Corte Internacional de Justicia (www.icj-cij.org): sentencia de 25 de septiembre de 1997, *caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* ( Hungría y Eslovaquia); sentencia de 20 de abril de 2010, *caso relativo a las usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay* (Argentina x Uruguay); en el *caso de los esparcimientos aéreos de herbicidas* (Ecuador x Colombia), Orden registrando acta de la desistencia de Ecuador, el 13 de septiembre de 2013; sentencia de 31 de marzo de 2014, *caza de ballenas en la Antártica* (Australia x Japón, Nueva Zelanda (interviniente); Acuerdo de 16 de diciembre de 2015, *acuerdo de ciertas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza* (Costa Rica x Nicaragua) y el *caso de la construcción de una ruta en Costa Rica* a lo largo del río San Juan (Nicaragua x Costa Rica) (unión de instancias por un orden de 17 de abril de 2013). Tribunal Internacional del Derecho del Mar (www.itlos.org) : orden de 3 de diciembre de 2001, *Usina MOX* (Irlanda x Reino Unido). Orden de Regulación de Conflictos (OMC) (www.wto.org): Estados Unidos x Venezuela, 29 de abril de 1996, *normas referentes a la nueva esencia y antigua fórmula*; Estados Unidos, Malasia, Pakistán, Tailandia, Informe de Órgano de Recurso de 6 de noviembre de 1998, prohibición de la importación de determinados

en gran parte, y no se trata aquí de hacer un enésimo comentario, porque todos ellos provocaron innumerables comentarios<sup>3</sup> (aquí comprendidos por nosotros)<sup>4</sup>. Además, estos ejemplos conocidos no expresan ninguna vocación para la exhaustividad, puesto que muchos otros podrían ser citados. Estos casos nos parecen simplemente emblemáticos, y se trata justamente de extraer de ahí los puntos que podrían llevar a pensar - o no - que podemos deducir de ahí una forma de profundizar la problemática ambiental en derecho internacional, al menos para el contencioso. Por profundizar la problemática ambiental, entendemos, en sentido amplio, no sólo la contaminación y el clima, sino la preservación de las especies o la salud pública. Habría, sin duda, oportunidad para retomar el campo comprendido por el medio ambiente, pero este no es nuestro propósito.

De manera poco anecdótica, se puede entonces remarcar que la primera sentencia - cronológicamente - citada en la reciente obra *Las grandes sentencias del derecho ambiental*, es una sentencia de un tribunal arbitral internacional (11 de marzo de 1941, *Fundición del Trail* (Estados Unidos x Canadá), lo que tendería a probar que la cuestión ambiental ocupó muy temprano el centro de las preocupaciones del derecho internacional, en este caso, para el problema de las contaminaciones transfronterizas. La consecuencia es menos gloriosa, ya que es necesario atender al caso

camarones y determinados productos a base de camarones; comunidades europeas - Estados Unidos; medidas comunitarias relativas a las carnes y los productos carnívoros (denominados en el caso de la carne con hormonas), Informe del Órgano de Recurso de 13 de febrero de 1998; Comunidades Europeas - Canadá, Medidas relativas al amianto ya los productos que lo contienen, Informe de Órgano de Recurso de 12 de marzo de 2001.

3 Para referencias recientes en lengua francesa : J-L. Iten, R. Bismuth, C. Crépet Daigremont, G. Le Floch, A. de Nanteuil : *As grandes decisões da jurisprudência internacional*, Dalloz, Paris, 2018. Esta obra comenta las siguientes decisiones : Tribunal arbitral, 11 de marzo de 1941, *Fundición del Trail* (Estados Unidos x Canadá), p. 94 ; Estados Unidos - Venezuela : ORD, 29 de abril de 1996, *normas relativas à nova essência e antiga fórmula*, p. 406 ; CIJ, 25 de septiembre de 1997, *caso relativo al proyecto Gabcikovo - Nagymaros* (Hungria x Eslovaquia), p. 441 ; CIJ, 20 de abril de 2010, *caso relativo a las usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay* (Argentina x Uruguay), p. 607. Ver también : Ph. Billet, J-M. Février, G. Kalfèche, A. Laget-Annamayer, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube : *Os grandes acórdãos do direito do meio ambiente*, Dalloz, Paris, 2017. Esta obra comenta las siguientes decisiones : Tribunal arbitral, 11 de marzo de 1941, *Fundición del Trail* (Estados Unidos x Canadá), pp. 3-9 (I. Michallet) ; CIJ, 25 de diciembre de 1997, *caso relativo al proyecto Gabcikovo - Nagymaros* (Hungria x Eslovaquia), pp. 287-295 (I Michallet) ; TIDM, 3 de diciembre de 2001, *Usina Mox* (Irlanda x Reino Unido), pp. 342-351 (A. Laget-Annamayer) ; CIJ, 31 de marzo de 2014, *caza a la ballena en Antártica* (Australia x Japón, Nueva Zelanda (Agente), p. 264-272 (I Michallet). Los comentarios (*in fine*) en esas dos obras retornan a inúmeras referencias bibliográficas.

4 ««Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia», (con Helene Ruiz Fabri): caso relativo al proyecto Gabcikovo - Nagymaros, JDI 1998/3, pp. 776-792; en el *caso de las usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay* (Orden indicando medidas conservadoras el 13 de julio de 2006 y el 23 de enero de 2007), JDI 2007/3, pp. 996 a 1.005.

nombrado *Presa*, de 1997, para reencontrar una importante clave en este ámbito. Y para este último caso, como para los demás, se necesita, como siempre, leer entre líneas los Estados: se trataría verdaderamente de preocupaciones ambientales, ¿o sería un pretexto para alcanzar una jurisdicción sobre las disputas más amplias entre dos Estados? A este respecto, el balance no es forzosamente positivo para la toma de conciencia de las cuestiones ambientales, pero, inversamente, ni todo parece negativo. Se debe simplemente pesar la brecha posible entre la razón real de la referencia de una jurisdicción internacional y la manera en que ésta respondió a lo que a veces podría aparecer como un «pretexto», y entonces el alcance de la decisión en materia ambiental, que sea la razón inicial del recurso. En este contexto, la pausa no es clara y se trata, sobre todo, de una forma de gradación del puro pretexto para la sinceridad del recurso en materia ambiental, tanto como la decisión puede aparecer tímida en este ámbito o, por el contrario, se revela un verdadero avance en el ámbito medioambiental. Estamos en pleno ejercicio de la «política jurídica exterior», en el sentido dado por Guy de Lacharrière a este concepto<sup>5</sup>, a saber, cómo los Estados (y hoy la Unión Europea) se utilizan del derecho como elemento de política exterior. Él constató, entonces (y esta constatación es siempre actual) una gradación que va de la sinceridad a la maniobra. Por tanto, pareció que el ángulo de la sinceridad (él mismo juzgado de manera subjetiva) en la motivación de los Estados, revelaría el grado de penetración de la problemática ambiental alcanzada por los Estados, en el marco del litigio internacional. Esta sinceridad dentro de la motivación vale no sólo para los solicitantes, los demandados, sino también para los jueces, en la motivación de sus sentencias<sup>6</sup>. Claramente, este ángulo es parcial, y no sabría implicar una constatación general.

De medio ambiente como pretexto (I) a los pretextos que conducen al medio ambiente (II), el espectro es amplio y, sobre todo, apela a una gradación que no es mínimamente reducible a una clara categorización. Al final de cuentas, la esperanza renace, porque encontramos también los casos que parten del medio ambiente para culminar en el medio ambiente (III).

<sup>5</sup> Guy de Lacharrière : *La política jurídica exterior, Económica, París, 1983, 236 p.*

<sup>6</sup> Ver nuestro estudio «La motivación de los actos en derecho internacional» (pp. 195-205) y «La motivación de los actos de las jurisdicciones internacionales» (pp. 255-261), en: *La motivación en derecho público*, bajo la dirección de Sylvie Caudal, Dalloz, Dalloz, colección «Temas y Comentarios», París, 2013.

## 1 EL MEDIO AMBIENTE COMO PRETEXTO

Se trata de recordar algunos casos clasificados como referentes al medio ambiente, de los cuales se puede dudar, sea por haber sido introducidos para esa noble causa, sea por haber alcanzado un real avance en materia de medio ambiente. En esta categoría, se sitúan los casos de las *usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay, de la usina MOX, el caso concerniente a la esencia nueva y antiguas fórmulas, y el caso de la prohibición a la importación de determinados camarones y de determinados productos a base de camarones*. El inventario evaluó si tales casos realmente se referían al medio ambiente, ya que estos cuatro casos fueron juzgados por jurisdicciones diferentes. Para los dos primeros casos, se constata la predominancia de los aspectos procesales efectivamente (A) mientras que para los dos últimos, la disputa comercial primordial es ligeramente enmascarada por consideraciones ambientales (B).

### 1.1 La predominancia de los aspectos de procedimiento sobre el asunto

Se distinguieron dos casos que tomaban en consideración el medio ambiente: el caso de las *usinas de pasta de papel (celulosa) sobre el río Uruguay y el caso de la Usina MOX*. En sí mismos, estos dos casos presentan circunstancias diferentes uno del otro, cuando no afectan, cada uno, dos Estados que, por razones históricas, raramente se entienden, y, además, teniendo en cuenta que ellas consisten en dos usinas vistas como contaminantes. Un rápido recuerdo de los hechos nos permitirá comprender mejor.

Para los negocios de las usinas de pasta de papel (celulosa) sobre el río Uruguay, fue el 4 de mayo de 2006 que Argentina interpuso recurso introductorio de instancia contra Uruguay, sobre posibles violaciones por Uruguay de obligaciones derivadas del estatuto del río Uruguay, tratado firmado entre los dos Estados el 26 de febrero de 1975, con la finalidad de establecer mecanismos comunes necesarios para la utilización racional e ideal de la parte del río que constituye su frontera común. En ese recurso, Argentina reprendía a Uruguay por la autorización unilateral de la construcción de dos usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay, sin

respetar el procedimiento obligatorio de informar y consultar, inicialmente previsto por el estatuto de 1975.

Argentina sostuvo que estas centrales constituían una amenaza para el río y su medio ambiente, que tales plantas presentaban el riesgo de alterar la calidad de las aguas del río y de causarle un perjuicio transfronterizo sensible. Dos cuestiones se plantean entonces: la violación del procedimiento previsto por el tratado, y el perjuicio ecológico que estas dos centrales pueden causar. Después de varios episodios y disposiciones indicando medidas conservadoras, el tribunal presentó su sentencia sobre la cuestión en 20 de abril de 2010.

Para el *caso de la Usina MOX*,<sup>7</sup> la cuestión se refería al complejo nuclear de Sellafield, en Inglaterra, a 200 km de las orillas irlandesas, lo que ya había causado numerosas protestas por parte de Irlanda y también por las ONGs medioambientales, debido a su potencial peligrosidad en mar de Irlanda. La construcción, en esa región, de una planta de producción de combustible para reactores nucleares («MOX») reavivó la crisis entre los dos países, lo que va a dar lugar a una cascada de recursos ante diversas jurisdicciones (o equiparadas). En efecto, Irlanda inicialmente solicitó la constitución de un tribunal arbitral sobre la base de una cláusula compromisoria, incluso en la Convención OSPAR de 22 de septiembre de 1992, cuyo objetivo es la protección del medio ambiente marino en Atlántico del Nordeste. Esta convención preveía, sobre todo, en su artículo 9, una obligación de información relativa al medio ambiente marino, obligación que Irlanda acusa al Reino Unido de ignorar. Este tribunal fue efectivamente constituido en octubre de 2001. Sin embargo, ante la inminencia de la entrada de funcionamiento de la usina MOX, Irlanda decidió provocar un segundo arbitraje, basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) de 1982, precisamente, de su anexo VII, cuyo dos Estados son partes. Irlanda decidió entonces entrar en la Corte Internacional del Derecho del Mar (CIDM) de una demanda de medidas conservadoras, es decir, de un procedimiento que permite prescribir, con urgencia, medidas, esperando que el caso no sea juzgado por un arbitraje. La compleja Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, según el sistema del Foro Shopping, permite, en efecto, la acción del TIDM únicamente en el marco de las medidas conservadoras, aunque el

<sup>7</sup> En este contexto, nos apoyamos vehementemente (con su amable autorización) sobre el comentario de este caso hecho por Aurore Laget-Annamayer en *Los grandes casos del derecho ambiental*, opus cit, pp. 342-351, estando perfectamente en sintonía con su pertinente análisis de ese caso.

esencial del caso puede ser juzgado en el marco de un arbitraje<sup>8</sup>. El Reino Unido, por su parte, rechazó la competencia del TIDM en relación con el Convenio OSPAR mencionado, pero también porque ciertos aspectos del caso-viale Tratado CE o el Tratado Euratom- parecían dar una competencia exclusiva a la CJCE. El Reino Unido, por su parte, rechazó la competencia del TIDM en relación con el Convenio OSPAR mencionado, pero también porque ciertos aspectos del caso-viale Tratado CE o el Tratado Euratom- parecían dar una competencia exclusiva a la CJCE. Es, por lo tanto, dentro de ese marco de procedimiento complejo que el TIDM va a entregar su decreto el 3 de diciembre de 2001.

En estos dos casos, las decisiones de los jueces dejan escepticismo en cuanto a su contribución en materia de medio ambiente, Tratándose de los casos de las *usinas de pasta de papel sobre el río Uruguay*, el argumento de Argentina según el cual los proyectos fueron autorizados por Uruguay, violando el mecanismo de notificación y de consulta previsto, establecido por los artículos 7 a 13 de dicho estatuto (violaciones de carácter procesal), el tribunal destacó que Uruguay no informó a la comisión administrativa del río Uruguay acerca de estos proyectos, contrariamente a lo que prescribe el estatuto. El tribunal concluyó que - no informando a esta comisión sobre los trabajos proyectados antes de la liberación de la autorización ambiental previa para cada una de las usinas y para la terminal portuaria adyacente a la usina, y no notificando los proyectos a Argentina por intermedio de la comisión -, Uruguay violó el estatuto de 1975. Sin embargo, tratándose del argumento de Argentina - según el cual las actividades industriales autorizadas por Uruguay tenían o tendrían un efecto negativo sobre la calidad de las aguas del río y de su zona de influencia, y que ellas habían causado un perjuicio relevante a la calidad de esas aguas, tanto como un perjuicio transfronterizo a la Argentina (violaciones de la cuestión) -, el tribunal, tras un examen detallado de los argumentos de las partes, consideró que los elementos de prueba archivados en el procedimiento no permitían establecer, de manera concluyente, que Uruguay no actuó con la diligencia requerida o que los desechos efluentes de la usina tuvieron efectos deletéreos o violaron los recursos biológicos, la calidad de las

---

<sup>8</sup> El TIDM ya se enfrentó a una situación comparable, con la falla de ser similar a los casos del atún de aletas azules (Nueva Zelanda x Japón, Australia x Japón). En este caso, en su orden indicando medidas conservadoras, el 27 de agosto de 1999, el TIDM ordenó medidas, antes de que se revelaran caducas, tras la decisión de un tribunal arbitral, considerando que un acuerdo regional tenía el primado ante el reglamento del litigio.



aguas o el equilibrio ecológico del río, después del inicio de las actividades de la usina, en noviembre de 2007. El tribunal, por consiguiente, concluyó que Uruguay no había violado las obligaciones de fondo, resultantes del estatuto.

En el caso de la Usina MOX, el TIDM dará razón a los aspectos concernientes a la competencia, a Irlanda, estimando que sólo la convención de las Naciones Unidas y, así, el arbitraje constituido en virtud del anexo VII, puede responder al conjunto de los aspectos traídos al conocimiento en este litigio. Esta solución de conjunto habría bastado a sí misma, pero, la comisión europea estimó a continuación que se había ignorado el Derecho comunitario, ya que estos litigios deberían haber sido introducidos en la CJCE. La comisión introdujo entonces un recurso, en la constatación de la falta. En este caso,<sup>9</sup> la comisión invoca por primera vez los artículos 292 CE y 192 CEEA, que prescriben a los Estados miembros que no se sometan a un litigio relativo a la interpretación o aplicación del tratado, a diferencia de los reglamentos previstos por éste. Como la CNUDM ha firmado por la comunidad y todos sus Estados miembros, sus disposiciones, según la comisión, forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Irlanda ignoró la competencia exclusiva de la CJCE. Así es como un litigio sobre un posible peligro de contaminación por un combustible nuclear se convierte en guerra de territorios entre las jurisdicciones competidoras. Es cierto que la posición de los tribunales arbitrarios ha facilitado de cualquier forma esta salida. La CJCE justificó, por lo tanto, su competencia exclusiva en el ámbito de la protección del medio ambiente y reafirmó su monopolio jurisdiccional para la interpretación y aplicación de los acuerdos mixtos.

El inventario que se puede hacer de estos dos casos es, así, mitigado ante la mirada del derecho del medio ambiente. En los casos de las usinas de pasta de papel, la solución es procesal - violación de las obligaciones en virtud del tratado entre los dos países, pero no violaciones sobre la base. Nada nuevo bajo el plano del derecho e incluso el recuerdo de antiguos principios; Estamos, por tanto, frente a un caso en que los dos países - de largo tiempo - no están de acuerdo en diversos aspectos, y en que la construcción de esas usinas fue un pretexto-casi «patriótico» - para recurrir al tribunal. Sin embargo, la conclusión es que, fuera de las obligaciones procesales de información, la sentencia no significa nada en materia de medio ambiente, En el caso de la *Usina MOX*, sigue existiendo,

<sup>9</sup> C-459/03, Comisión x Irlanda, interrupción el 30 de mayo de 2006.

Irlanda renunciando a proseguir el caso. En efecto, este país, que buscaba preferentemente hacer cesar las actividades británicas en vez de demostrar una ausencia del Derecho comunitario, no presentó ante la CJCE una nueva instancia respecto al caso. Sin embargo, la conclusión es que, fuera de las obligaciones procesales de información, la sentencia no significa nada en materia de medio ambiente, En el caso de la *Usina MOX*, sigue existiendo, Irlanda renunciando a proseguir el caso. En efecto, este país, que buscaba preferentemente hacer cesar las actividades británicas en vez de demostrar una ausencia del Derecho comunitario, no presentó ante la CJCE una nueva instancia respecto al caso. No hay duda de que, en medio a la una querrela más que secular entre Irlanda y el Reino Unido, el aporte de la decisión al derecho internacional de medio ambiente sigue siendo frágil, mientras que, a partir de ahora, se establecen normas para determinar las condiciones de la gestión para un Estado de su territorio, de modo que no cause daños al medio ambiente internacional en el sentido del antiguo caso de la Fundición del Trail, de 1941. Evidentemente, el principio de prevención, que consiste en riesgos calculados, es recordado *tras el proceso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros* de 1997 ante la CIJ, así como será reafirmado en la sentencia arbitral de 24 de mayo de 2005, en el caso del Rin de hierro, entre Bélgica y los Países Bajos (sentencia en la que el tribunal arbitral presume que también hay competencia para interpretar actos comunitarios), y, más tarde, de nuevo por la CIJ, en los casos de las *usinas de pasta de papel*. Sin duda, el principio de cooperación en relación con la obligación de informar, consagra la obligación de realizar estudios de impacto, ya que un daño transfronterizo es potencialmente visible, pero, ninguna revolución, ni siquiera evolución fundamental, sobre todo respecto al principio de cautela. Aun así, entonces, ¿la usina MOX es peligrosa para el medio ambiente? No se sabe.

## 1.2 El medio ambiente como rehén de un litigio comercial

De modo que no puede parecer paradójico, el Órgano de Normas de los litigios (ORD) de la OMC, fue una jurisdicción que muy rápidamente se involucró con las cuestiones del medio ambiente (en sentido amplio). La paradoja no es realmente lo que aparenta, porque, por una parte, el espectro del ORD afecta a todo el comercio internacional, y, por consiguiente,

las cuestiones medioambientales no escapan a ello y, por otra parte, los Estados encuentran, allí, una manera más o menos sincera –, un ángulo de ataque para levantar los litigios. En ese contexto, dos casos, ahora antiguos, son emblemáticos, sin que se tratase mínimamente de los únicos casos de ese género. Se trata del caso concerniente a *la esencia nueva y antiguas fórmulas* entre los Estados Unidos y Venezuela, presentada en 1995 ante el ORD, y del caso de la *prohibición a la importación de determinados camarones y de determinados productos a base de camarones*, en el marco del ORD en 1996.

Bajo el título un poco extraño de *caso concerniente a la esencia nueva y antiguas fórmulas* (pero la lista de títulos de casos ante el ORD es con frecuencia agradable), se esconde un litigio a priori clásico bajo el plano comercial. Este litigio, en realidad, fue el primero frente al ORD e implicaba a Estados Unidos. Por lo tanto, es interesante constatar la forma en que ese país reaccionaría, si lo perdiera. Pero él lo perdió y reaccionó bien, aceptando la decisión. Así pues, un buen punto de partida, positivo para el sistema de reglamento de los litigios. En relación al litigio en sí mismo entre Estados Unidos y Venezuela, se trataba de un problema consecutivo a una nueva legislación estadounidense de 1995, relativa a las normas contra la contaminación atmosférica. Esto implicaba una discriminación contra la esencia proveniente de Venezuela al someter esto a las normas menos favorables que las aplicadas a los productos de origen estadounidense, eso con el pretexto de que la calidad de la esencia importada de Venezuela es más difícil de controlar. Estados Unidos invocaba al artículo XX del GATT, que permite excepciones generales para la protección de la salud y de la vida de las personas y animales o la preservación de los vegetales, así como la protección de los recursos naturales no renovables (§g. «El aire» que está dirigido). A priori, el caso se presenta, entonces, como un litigio entre un Estado que desea preservar su medio ambiente por diversas medidas, y un Estado que entiende que las discriminaciones consecutivas a esas medidas ocultan una ruptura en la «cláusula de trato nacional», que impide un trato diferenciado para los productos similares procedentes del extranjero.

Dentro del mismo orden de ideas del caso anterior, Estados Unidos deseará, nuevamente, apoyarse, bajo la protección del medio ambiente, en un *caso relativo a la prohibición de la importación de determinados camarones y de determinados productos a base de camarones* introducidos

por India, Malasia, Pakistán y Tailandia. *Bis repetitivo* (dos veces repetitivo), podríamos decir. La cuestión aquí planteada es la de la prohibición por los Estados Unidos de la importación de camarones y de productos derivados, debido a los métodos de pesca utilizados para obtener camarones, considerados contrarios a la protección del medio ambiente (las redes utilizadas para esta pesca también conservan especies protegidas como las tortugas marinas). Se trata, por tanto, del primer caso importante en materia de medio ambiente (a pesar de que el caso de la esencia ya presentaba un aspecto similar), lo que permite subrayar que, a través del vector del comercio, la OMC (Organización Mundial de los Estados Unidos invocan el artículo XX del GATT sobre las excepciones generales y, de nuevo, el argumento ambiental se pone de relieve.

En el caso de la *esencia nueva y antiguas fórmulas*, el panel que provocó su informe, en enero de 1996, reconoció en el encuentro de Estados Unidos una discriminación contraria a la cláusula de trato nacional, basada en el artículo III del GATT, que prohíbe someter los productos importados a un trato menos favorable en relación con lo que ocurre con los productos similares nacionales. Para el grupo especial, si es legítimo querer proteger el medio ambiente, es necesario que se haga de manera que no dañe los principios del GATT, principalmente por medio de tales discriminaciones.

Estados Unidos apeló a esta decisión del panel (que puede considerarse-*mutatis mutandis*-como una primera instancia), pero el órgano de apelación, en mayo de 1996, modificando una interpretación de un artículo del GATT (artículo XX), dejó como estaba la solución aclarada por el panel (es decir, la imposibilidad para Estados Unidos de solicitar la protección del medio ambiente como fundamento de la discriminación). En la transición, el órgano de recursos ha desarrollado una verdadera metodología de interpretación, apoyándose en el derecho internacional general, ya que considera que no es necesario leer el acuerdo del GATT como «aislante clínicamente del derecho internacional público». Esta frase, inscrita en la primera decisión de esta nueva jurisdicción, marcará los espíritus, ya que significa que la OMC no debe comportarse como una organización «corporativa» apoyada en su principio de especialidad (en este caso, el comercio internacional), tampoco, no debe resguardarse de apoyarse en la estructura general del Derecho internacional. Por lo tanto, es la convención de Viena

sobre el derecho de los tratados de 1969 que servirá de base y, sobre todo, sus artículos 31 y 32 relativos a la interpretación. Tales artículos serán utilizados, allí comprendidos los trabajos preparatorios para la interpretación del artículo 20, y, de hecho, muy lejos en una preocupación pedagógica, probablemente, puesto que se trata del primer ejercicio de ese género. Por lo tanto, ella, la convención, colocó las bases. En ese caso, el órgano de apelación hará resurgir una interpretación bastante estricta de las excepciones del artículo 20, haciendo pesar la carga de la prueba sobre aquel que invoque la excepción.

Estados Unidos, tras la discusión, aceptó ceder a la decisión del órgano de apelación e informó que, en agosto de 1997, la agencia para la protección del medio ambiente modificó la legislación incriminada y que estaban conformes con las prescripciones del ORD en el plazo. Entre otras cosas, es necesario, sobre todo, comprender que el medio ambiente se ha vuelto aquí como un pretexto para una guerra comercial. En efecto, la solución clara del ORD subraya la técnica jurídica, la de la interpretación de un acuerdo, pero no deja nunca lugar a las consideraciones medioambientales de fondo. Algunos podrían, luego, lamentarse de que el acuerdo en cuestión no permite a un país tomar medidas más proteccionistas para su medio ambiente. En realidad, es evidente que la esencia producida en Estados Unidos no comporta una diferencia significativa en relación a la importada de Venezuela. Claramente, el argumento ambiental sirvió, aquí, de puro pretexto para proteger un producto nacional.

En el caso de la *prohibición de la importación de determinados camarones y de determinados productos a base de camarones*, el grupo especial, en un primer momento, condenará a Estados Unidos, evaluando que las restricciones a la importación son restricciones cuantitativas, contrarias al artículo IX del GATT y, que no se trata de excepciones al título del artículo XX. El órgano de apelación decide no tener en cuenta los argumentos previamente desarrollados por Estados Unidos, es decir, los argumentos endosados por Estados Unidos, y libera al grupo especial, a aceptar o no los argumentos de las ONG, ya que posee una libertad de apreciación en materia de experimentos. Esta respuesta era ciertamente vaga, pero permitía no rechazar la intromisión de personas privadas, dejando libre al grupo especial (y al órgano de apelación) apreciar estos argumentos. En el fondo, el órgano de apelación rechaza la interpretación

estricta de las excepciones del artículo XX desarrollada por Estados Unidos, y condena su unilateralismo, reprendiendo una ausencia de negociaciones con los denunciantes y la imposición de medidas muy limitadas para la protección del medio ambiente. Una vez más, se puede sorprender ante la poca consideración de los argumentos ambientales, pero si se «cava» un poco el caso, se percibe que, en ese caso, solamente Estados Unidos fabricaba y vendía los filetes de pesca que se evaluaron como los únicos compatibles con la protección del medio ambiente. El mercado cautivo, de todos modos, y flagrante maldad ha habido de la parte de este país que deseaba, también, de cierta manera, proteger su propia producción. Las tortugas marinas esperarán por días mejores.

## 2 LOS PRETEXTOS CONDUCEN AL MEDIO AMBIENTE

Se ratifica que, las categorías establecidas para el objetivo de esta comunicación no son estancas unas en relación a las otras. Se quiere decir, si el medio ambiente sirve a veces de pretexto de parte de un Estado para conducir otro Estado ante una jurisdicción internacional, ocurre igualmente que este «pretexto» reposa sobre una decisión que se muestra importante para la decisión del medio ambiente, sin desaparecer ante las otras intenciones «ocultas» (a veces sólo) del Estado requirente. La ruptura es, así, un poco arbitraria. En medio de los casos presentados ante las jurisdicciones internacionales cuyo fundamento real no parece ser la preocupación ambiental, pero teniendo finalmente apertura sobre algunos avances en ese ámbito, se citan, en estas situaciones tan disparatadas, el todavía célebre caso de la represa *Gabčíkovo-Nagymaros*, entre Hungría y Eslovaquia, el caso de los *esparcimientos aéreos de herbicidas*, entre Ecuador y Colombia referentes a *determinadas actividades ejercidas por Nicaragua en la zona fronteriza* entre Costa Rica y Nicaragua, frente a la CIJ, para estos tres últimos, y en el caso de las medidas relativas a las carnes y productos carnívoros ante el ORD.

### 2.1 Sobre la política medioambiental

En el caso de la represa *Gabčíkovo-Nagymaros* entre Hungría y

Eslovaquia ante la CIJ<sup>10</sup>, la cuestión se refería a un tramo del Danubio, de unos 200 km, situado entre Bratislava, Eslovaquia y Budapest en Hungría. En la mayor parte de esta región, el canal principal del río constituye la frontera entre los dos países. Un tratado firmado en 1977 por Checoslovaquia y Hungría preveía la construcción y explotación de un sistema compuesto de dos series de compuertas, situadas en territorio eslovaque (Gabcikovo), otro en territorio húngaro (Nagymaros). Este sistema fue concebido como único e indivisible y presentado como una inversión en la producción de energía hidroeléctrica, pero sin perder de vista los objetivos de mejora de la navegación y de prevención de inundaciones, las partes involucradas; además, dicho sistema también fue considerado como garante del mantenimiento de la calidad de las aguas y responsable de sus obligaciones relativas a la protección del medio ambiente. Se constata que cuestiones económicas y ambientales se mezclaban. Globalmente, el tratado preveía una división de la financiación y de la gestión de los trabajos, cada uno controlando la parte situada en su territorio. Los trabajos, comenzados en 1978, constituyeron objeto de un acuerdo para, antes, retrasarlos, en 1983, luego a acelerarlos, a principios de 1989, siempre bajo la iniciativa de Hungría, antes de que se decidiera definitivamente, algunos meses más tarde, a interrumpir provisionalmente y luego a abandonar los trabajos en Nagymaros. Los dos países se comprometieron, finalmente, en 1993, permitiendo traer el caso ante la CIJ. Además de los hechos, el litigio es, sobre todo, el símbolo de una forma de libertad reencontrada (y de antagonismos reavivados) entre los antiguos «pueblos hermanos» liberados de la tutela de Moscú y la obligación de aparentar entendimiento. Durante el proceso, las dos partes se defendieron bajo dos aspectos diferentes. Como Eslovaquia se apoyó en el necesario respeto de la palabra dada y de los compromisos asumidos sobre su derecho a reaccionar en caso de falta de respeto, Hungría argumentó de manera más transversal, apoyándose esencialmente en la necesaria protección del medio ambiente, para justificar no sólo la suspensión de los trabajos, pero también la denuncia del tratado. Estas posiciones se recuperan a propósito de cada una de las cuestiones a las que el tribunal responde en el orden definido por el compromiso. Pero la sentencia era también esperada para aquel que se presentara como si se decía del derecho de medio ambiente. El caso no había sido sometido a la

10 Nos permitimos retomar, a ese propósito, los destaques hechos en la Crónica Anual de la CIJ (con Hélène Ruiz Fabri): caso relativo al proyecto *Gabcikovo – Nagymaros*, *JDI* 1998/3, pp. 776-792.

cámara especial constituida por el tribunal en 1993, para las cuestiones de medio ambiente, formación de juicio que no obtuvo éxito y no se supo de ningún caso, en esa fecha.

En su sentencia de 25 de septiembre de 1997, el tribunal afirmó que Hungría no tenía el derecho de suspender y, a continuación, abandonar en 1989 los trabajos referentes al proyecto de Nagymaros, así como a la parte del proyecto de Gabčíkovo, que era responsable, y que Checoslovaquia tenía el derecho de recurrir en noviembre de 1991 a una «solución provisional» autorizada por el compromiso. El tribunal, por el contrario, determinó que Checoslovaquia (Eslovaquia sucedió a Checoslovaquia el 1 de enero de 1993) no tenía derecho a poner en funcionamiento dicho sistema de represa en octubre de 1992. El tribunal atribuyó, además, indemnizaciones recíprocas a las dos partes, en función de sus violaciones del Derecho internacional. Ante la falta de ejecución de la sentencia por Hungría, Eslovaquia introducirá una nueva solicitud en 1998. Epílogo de ese largo caso, el 21 del Tribunal Internacional de Justicia tomó el acta de la desistencia, por la república eslovaca, del proceso, registró el archivo - procedimiento aplicado mediante su demanda, el 3 de septiembre de 1998 -, tendiendo al pronunciamiento de una sentencia suplementaria, en el caso referente al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros.

Fuera de esas peripecias procesales, se destaca que el Tribunal Internacional de Justicia entrará en ese caso con cierta prudencia, de hecho, en parte, debido a las reglas que el recurso al derecho de medio ambiente pretendía justificar como habiendo sido mal administradas, derecho de los tratados. El tribunal indica claramente que tales reglas, que se podría clasificar como casi constitucionales, en todo caso estructurantes del orden jurídico internacional, prácticamente no funcionan. Sin embargo, el imperativo medioambiental existe y el tribunal subraya con frecuencia y de modo apoyado, la importancia y los desafíos, haciendo, por otro lado, suposiciones, gracias por el principio del desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras, si bien, también afirmando la positividad del principio de utilización no degradable del territorio (§ 53). Él pone, de hecho, la preservación del medio ambiente en la categoría de los intereses esenciales del Estado.

Por lo tanto, de todos modos, se retiene a menudo este litigio como marcador de la entrada de la CIJ en el derecho internacional del medio



ambiente, para un caso que apuntaba, sobre todo, al fin de la era soviética y de proyectos faraónicos en los que el medio ambiente no tenía lugar (eufemismo). La intrusión de la problemática entonces nueva del medio ambiente (estamos a poco tiempo de la conferencia de Río) es, entonces, muy tímida. Lógicamente, el tribunal no tiene el argumento de Hungría sobre el estado de necesidad ecológica, ni el principio de precaución, y se apoya esencialmente en la cuestión clásica de la división del curso de agua (en este caso, el río es fronterizo entre los dos países), afirmando el principio de prevención y la necesidad de estudios de impacto en el marco de un medio ambiente duradero. Se puede observar que esto sigue siendo modesto, si bien, en 1997 estos avances fueron memorables, siempre que la solución jurídica no implicara necesariamente esa desviación. El tribunal, así, impulsó su justificación para, voluntariamente, englobar los primeros pasos del derecho internacional del medio ambiente y el párrafo 53 de esa sentencia y (que retoma un pasaje de un anuncio anterior de 1996) es, sin duda, el símbolo:

“El tribunal recordará que recientemente tuvo la oportunidad de subrayar en los siguientes términos toda la importancia de que el respeto al medio ambiente se reviste, en su opinión, no sólo para los países sino también para el conjunto del género humano «El medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos y del que dependen la calidad de su vida y su salud, incluidas las generaciones futuras. La obligación general que tienen los países de cuidar para que las actividades ejercidas en los límites de su jurisdicción, o bajo su control, respeten al medio ambiente en otros países o zonas no relevantes de alguna jurisdicción nacional, forma ahora parte del cuerpo de reglas del derecho internacional (Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, aviso de consulta, CIJ, Recogida de 1996, p. 241-242, par. 29.)».

## 2.2 Sobre la guerra al medio ambiente

Aunque la problemática es hoy debatida<sup>11</sup>, hay que darse cuenta de que la preocupación ambiental no es privilegiada en tiempo de guerra o, simplemente, de fuertes tensiones entre los países. Los dos ejemplos

11 K. Christakis Mollard-Bannelier : *La protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, París, Pedone, 2001, 542p ; L. F. Nguinta Heugang Diekouam : *La protección del medio ambiente en el periodo de conflicto armado*, L'Harmattan, París, 2015, 226p.

citados a continuación no se derogan, pero, de manera sorprendente, introducen o confirman las obligaciones relativas al medio ambiente donde menos se esperaba.

En el primer caso, el 31 de marzo de 2008, Ecuador, tras negociaciones infructuosas con su vecino, depositó una petición introductoria de instancia contra Colombia, sobre la base de un litigio relativo al «desparramamiento aéreo hecho por Colombia de herbicidas tóxicos en lugares cercanos a lo largo o al otro lado de la frontera con Ecuador». Ecuador sostuvo que “el desparramamiento ya hay[había] gravemente dañado a la población, las culturas, la fauna y el medio natural del lado ecuatoriano de la frontera y se arriesga [arriesgaba], seriamente, con el tiempo, a causar otros daños». De manera simbólica, Ecuador establecía la competencia del tribunal, no solamente sobre el tradicional artículo XXXI del pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948, sino, también, sobre el artículo 32 de la convención de Estados Unidos contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas (1998), prueba de que el litigio comprendía aspectos comunes a los cuales, esta región está bastante acostumbrada. El caso de los desparramamientos aéreos de herbicidas se iniciaba, entonces. El segundo caso, con cercanía geográfica de la precedente, no sabría sorprender a los expertos del contencioso ante a CIJ. Se trata, nuevamente, de un eufemismo, constatar que a Nicaragua conoce a los litigios con todos sus vecinos. La larga lista de casos presentados a la Corte por – o contra – ese país, hace de ese pequeño territorio el que presentó la mayor parte de casos a CIJ<sup>12</sup>. En medio a esa larga lista, Costa Rica introdujo, en 18 de noviembre de 2010, una instancia contra Nicaragua, con una justificativa de “incursión en territorio costarricense de la armada nicaraguense” que había ocupado y utilizado una parte de este, “Así como violaciones por Nicaragua de obligaciones que les son incumbidas frente a Costa Rica”, en virtud de un determinado número de convenciones y de tratados internacionales. Costa Rica desapruueba completamente a, debido la existencia de, por ocasión de los dos distintos incidentes, ocupado su suelo durante la construcción de un canal a través del territorio costarricense, entre el río San Juan, y de haber practicado ciertas actividades conexas de dragado em San Juan. Debido a las múltiples contenciones que afectan a los países de la América Central (de los cuales Nicaragua es a menudo el epicentro), enseguida, el tribunal,

12 Ver : [www.icj-cij.org/fr/affaires-par-pays](http://www.icj-cij.org/fr/affaires-par-pays).

en conformidad con el principio de la buena administración de la justicia, anexa las instancias en el presente caso (ciertas actividades practicadas por Nicaragua en la región fronteriza) y en aquél referente a la construcción de una rota en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua x Costa Rica), por un orden de 17 de abril de 2013.

El primer caso entre Ecuador y Colombia fue concluido sin decisión del tribunal. De hecho, en septiembre de 2013, Ecuador deseó que el caso centralizara la función del tribunal, lo que fue aceptado por Colombia, ya que un acuerdo de 9 de septiembre de 2013 prevé el establecimiento de una zona de exclusión, dentro de la cual Colombia no estará eximida por ninguna operación de distribución aérea; se crea una comisión mixta encargada de velar para que las operaciones de dispersión realizadas fuera de esa zona no impidan por un fenómeno de desvío el depósito de herbicidas en territorio ecuatoriano y prevé, a falta de tales depósitos, la reducción escalonada de la anchura de la mencionada zona. Para el segundo caso entre Costa Rica y Nicaragua, el tribunal emitió su sentencia sobre la cuestión el 16 de diciembre de 2015, en la que declara que Costa Rica poseía soberanía sobre el territorio litigioso. En consecuencia, consideró que, por las actividades ocurridas después de 2010, y especialmente por cavar tres canales y establecer una presencia militar sobre algunas partes de ese territorio –, Nicaragua había violado la soberanía territorial de Costa Rica, habiendo desde entonces la obligación de indemnizar esta última, en razón de los perjuicios que le habían sido causados por las actividades ilícitas desarrolladas sobre el territorio costarricense, y que, a falta de acuerdo con ese asunto entre las partes, en una demora de doce meses, él mismo procedería a la regulación de esta cuestión en una etapa posterior del procedimiento. Se encuentra allí una solución «clásica» referente a un conflicto territorial o fronterizo. Debido al hecho de parecer como una falta de ejecución de la sentencia, el tribunal se pronunció finalmente sobre la cuestión de la indemnización, en 2 de febrero de 2018. En su sentencia, el tribunal era consciente de que los daños causados al medio ambiente, así como la degradación o la pérdida consecutiva de su capacidad para suministrar bienes y servicios, son susceptibles de indemnización en el derecho internacional. Para establecer el importe de la indemnización debida por daños ambientales, el tribunal estimó el coste de la restauración del medio ambiente dañado, así como el de la degradación o pérdida de

bienes y servicios ambientales sufridos, tanto que el medio ambiente no fue reconstituido. En el análisis del tribunal se desprende que los encargos y gastos de indemnización, que se iniciaron con Costa Rica, se elevaron a un total de unos 380.000 dólares (pagados el 2 de abril de 2018 a más tardar, lo que fue liquidado por Nicaragua antes de esa fecha límite).

El balance de estos dos casos sorprende por la manera en que el tribunal, partiendo de una situación de tensión - ver el conflicto - entre los países, culminó en la extracción de aportes no negligenciales para la protección del medio ambiente. En el primer caso, si se lee entre líneas, se percibe rápidamente que ese esparcimiento fue hecho, sobre todo, con el objetivo de alimentar a la guerrilla de las FARC (combatida por el gobierno colombiano) instalada cerca de la frontera, destruyendo sus recursos naturales, entre los cuales las plantaciones de sustancias denominadas «ilícitas», también denominadas estupefacientes. Se trata, pues, del proceso de paz en marcha del lado colombiano, pero también de la espada de Damocles de un caso ante el tribunal, que llevó a Colombia a ese acuerdo. En todo caso, he aquí un evento puramente político en un país el contexto de guerra entre Colombia y la guerrilla de las FARC, que se completa por un acuerdo cuyo punto esencial consiste en que los trastornos no penetran el territorio de un país vecino, según la vieja jurisprudencia de la Fundación del Trail, aunque no se limita totalmente el derecho de Colombia de practicar ese esparcimiento en la zona prescrita. En el segundo caso, se puede comprender que se inserta en un vasto conjunto de conflictos fronterizos, territoriales y marítimos entre Costa Rica, Nicaragua, pero también El Salvador, Honduras o Colombia. Con esa violación territorial, el tribunal juzgó entonces la degradación del medio ambiente que siguió, fijando allí una indemnización adecuada. Ciertamente, es más raro que el tribunal se contente con frecuencia de una reparación por satisfacción, e incluso la violación de la integridad territorial de Costa Rica que se debe impedir, la sentencia se distingue por una evaluación clara y especificada de los daños ambientales, lo que no fue necesariamente esperado en esa forma.

### 3 EMERGENCIA DE CASOS VERDADERAMENTE AMBIENTALES

Tres casos parecen destacarse de los demás por la manera en que la

cuestión se planteó ante la jurisdicción, o por la forma en que la jurisdicción respondió a ello. Ciertamente, hay que mantener el sentido común, ya que los avances son todavía modestos, pero se puede notar una verdadera toma de conciencia. La prudencia se impone, tanto más que el primer caso citado, el denominado caso de la «*carne con hormonas*» es en realidad una derrota para el demandante, contrarresta por el reconocimiento claro e inusitado de preocupaciones comerciales en el caso denominado *amianto*, ambos ante el ORD. Y para la CIJ, el caso de la caza de ballenas permite a esta jurisdicción sobrepasar lo que se esperaba en la afirmación de la protección de especies amenazadas.

### 3.1 El medio ambiente más allá del comercio

El caso de las medidas relativas a las *carnes y los productos carnívoros (hormonas)* ante el ORD, en 1996, representa una forma de compromiso abortado. Se trata del caso comúnmente calificado como «carne a hormonas». En efecto, la importación de carne producida con hormonas era considerada lícita por Estados Unidos y Canadá, lo que era rechazado por Europa, en una directiva, por razones de salud pública. Además, Europa deseaba presionar la negociación del acuerdo SPS (sobre las medidas sanitarias y fitosanitarias) entonces discutidas en el marco de la OMC. Más precisamente, Estados Unidos y Canadá pusieron en discusión la prohibición de utilizar ciertas hormonas en la ganadería, impedimento que se concreta por la prohibición de importar de una carne en Europa. Entre los países europeos, Francia fue particularmente sometida a esta prohibición, debido a problemas graves que recae sobre la salud, en los años 70.

Una de las cuestiones centrales discutidas fue la de la referencia al Codex alimentario (o *Codex Alimentarius*) de la FAO (redactado en común con la OMS) que no es un texto obligatorio, sino una simple guía al servicio de los países. Ahora bien, este código no menciona la peligrosidad de la carne originada de creaciones hechas con la utilización de hormonas de crecimiento. El informe del grupo especial, publicado el 18 de agosto de 1997, atribuye así error a Europa, y el órgano de apelación validará dicha interpretación a través del informe de 16 de enero de 1998. El órgano de recursos reconoce al menos que los países pueden tener un

nivel de protección más elevado que el indicado en el Código; sin embargo, supone también que, en ese caso, ello contradice el acuerdo de la SPS. La solución es ambigua, puesto que da razón a la comunidad europea en cuanto a la fundación del principio de cautela, atribuyéndole globalmente error, evaluando que ese principio no se aplica en efectivo porque contraria el acuerdo de la SPS. En un ejercicio de interpretación en función del Derecho internacional general, el órgano de recursos estima que el principio de cautela no es objeto de una *opinio juris* (por lo que no es una norma habitual), y que no puede prevalecer sobre normas especiales como el acuerdo de SPS. Luego, el órgano de apelación no duda en referirse a la jurisprudencia de la CIJ y, en primer lugar, al caso de la represa sobre el río Danubio entre Hungría y Eslovaquia. No obstante, es la falta de bases científicas sólidas que reprochó a Europa en su argumentación, el grupo especial evaluando de esa manera que la comunidad europea hace variar de manera arbitraria su nivel de protección, y no puede invocar el mismo principio de precaución tal como se ve en el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992.

Tras fuertes tensiones y un desarrollo procesal complejo, la comunidad aceptará las compensaciones financieras<sup>13</sup>, es decir, aceptará no conformarse con la decisión del ORD y pagar a cambio de esta violación de los acuerdos de la OMC, demostrando que los imperativos de la salud pública son más importantes que una decisión jurisdiccional que se le contraponía. Se constata, a través de este caso, los límites del sistema, ya que la decisión del ORD toca un problema sensible para el Estado (o un grupo de Estados), y se puede comprender que Europa prefiere aceptar la sanción antes de ceder a una cuestión sensible, pero, sobre todo, que se trata, sin duda, de una ocasión perdida para la protección de la salud pública, parte integrante del derecho a un medio ambiente sano. Esta derrota para Europa podía vislumbrar un futuro sombrío para la defensa de los imperativos no comerciales en el sistema de la OMC entonces bastante reciente<sup>14</sup>. El caso del *amiante*, al menos, contrarrestar esta impresión.

13 Bajo la forma de levantamientos de concesiones por un importe de unos 115 millones de dólares.

14 En el momento en que, en 2003, se introdujo una nueva dirección europea (2003/74 / CE), prohibiendo la importación de carnes con hormonas, lo publicó. Esta se ajustaba según los redactores a la decisión de la ORD, ya que las comunidades europeas habían realizado la evaluación de los riesgos antes de la nueva dirección. Estados Unidos no admitió que esa nueva dirección concluía el caso, lo que originó una nueva contienda ante el ORD (DS320). En 2014, las partes finalmente notificaron al ORD un memorando de acuerdo fechado el 21 de octubre de 2013, que representa un compromiso (por lo demás, un tanto oscuro) para salir del estancamiento.

En efecto, el emblemático caso, de las *medidas relativas al amianto ya los productos que lo contienen* puesto ante el ORD, en 1998, marca, sin duda, la primera toma de preocupaciones no comerciales, en el caso de la salud pública, en el contencioso del ORD. La planta provenía de Canadá (gran productor de afueras) y se dirigía a la comunidad europea, pero particularmente a Francia, país especialmente sensibilizado por la cuestión de los productos hechos en *amianto*. Se sabe que este producto aislante ampliamente utilizado en la industria de la construcción, tanto como en la industria automovilística, fue y sigue siendo el objeto de numerosos procesos judiciales en Francia, debido a varias muertes relacionadas. A partir de ahí, Francia, seguida por instancias comunitarias, prohibió estrictamente todos los productos contenedores de amianto o de sus derivados. Canadá, entonces, protesta por el reglamento europeo que ha prohibido esa importación en el suelo comunitario.

En su informe de 12 de marzo de 2001, el órgano de recursos viene a aportar importantes precisiones en la cuestión. De forma sustancial, se trataba del primer procedimiento penal serio del acuerdo sobre los obstáculos técnicos al comercio (OTC), duplicación de la cuestión más clásica de la similitud de los productos en cuestión. En este caso, el órgano de apelación, basándose en los argumentos canadienses, hará una verdadera prueba de similitud (entre el amianto y los productos denominados «similares»), constatando que los dos productos pueden tener la misma utilización (por lo tanto, «similares») no teniendo las mismas propiedades físicas. El órgano de apelación constata, entonces, el carácter «único» del amianto y destaca su peligrosidad, la cual no había sido destacada, en cierto modo, por el grupo especial (que a ese respecto es bastante criticado por el órgano de apelación). De esta manera, el órgano de recursos reconoce que un Estado puede encontrar un nivel de protección más elevado, si los productos similares existen sobre la base de las excepciones generales del artículo XX del GATT. Se trata, sin duda, del primer caso en que se inscribe claramente una preocupación en materia de salud pública reconocida por el ORD y es un verdadero acto de política judicial. Es, de cualquier forma, una decisión tranquilizadora después de la de las *hormonas*, ya que permite constatar que los imperativos de salud pública pueden tener primacía sobre consideraciones puramente comerciales.

Por consiguiente, el ORD hizo evolucionar la aplicación de

determinadas disposiciones de los acuerdos y desarrolló una política jurisprudencial que tiene en cuenta normas no comerciales precedentes, sobre todo, del derecho internacional general o de otros acuerdos interferentes en el comercio, sin ser estrictamente comerciales. El equilibrio sigue siendo precario pero la preocupación es real. Estas potencialidades de contradicciones internas en el sistema de la OMC se desdoblán en otras potencialidades externas de acuerdos que parecen contrarios a las disposiciones de los acuerdos de la OMC. Así fue para la cuestión de la OGM cuya comercialización está encuadrada y restringida por las «reglas» del protocolo de Cartagena, ya que los acuerdos de la OMC tratan esta cuestión como una excepción.

### **3.2 Las ballenas al cuidado del medio ambiente**

El caso de la *caza de ballenas en Antártida* (Australia x Japón, Nueva Zelanda (interviniente) ante la CIJ fue introducido el 31 de mayo de 2010 por Australia, que reprendió a Japón por dar continuidad a la ejecución «de un vasto programa de caza a la ballena en el contexto de la segunda fase del programa japonés de investigación científica sobre las ballenas en Antártida, con el pretexto de un permiso especial (“JARPA II”); esto ocurrió en violación tanto de las obligaciones contratadas por ese país, en virtud del convenio internacional para la regulación de la caza de ballenas de 1946, como de otras obligaciones internacionales referentes a la preservación de los mamíferos y del medio ambiente marítimo. El caso se presenta, así, directamente como siendo motivado por la protección de las ballenas. Los conflictos entre los países presentes son innumerables y afectan a la preservación de las especies marinas. Fue el caso de los eventos previamente citados a propósito del atún de aleta azul (Nueva Zelanda x Japón, Australia x Japón) presentados ante el TIDM, en 1999.

En la sentencia que presentó el 31 de marzo de 2014, el tribunal se pronunció sobre la cuestión de la interpretación y de la aplicación del artículo VIII del Convenio de 1946, cuyo párrafo autoriza, en su parte pertinente, a las partes a «estar de acuerdo con cualquiera de [sus] ciudadanos en un permiso especial, autorizando al interesado a matar, capturar y tratar a las ballenas en vista de investigaciones científicas «.



Al conocer la interpretación de esta disposición, el tribunal observó entonces que, si el artículo VIII confiere notoriamente a un país miembro por convenio el poder discrecional de rechazar una demanda de permiso especial, la respuesta a la cuestión de si la muerte, la captura y el tratamiento de ballenas, debido al permiso especial solicitado, poseen fines de investigación científica, no dependería simplemente de la percepción que tiene ese país. Esta disposición de una convención de 1946 se revisó a la luz del control de la justificación de las «investigaciones científicas», el apoyo bajo el cual Japón a menudo se abrigó. Sin embargo, el tribunal indicó que el permiso especial (el JARPA II) podía ser calificado globalmente como programa de «investigación científica». Victoria temporal, en realidad, para Japón, ya que el tribunal, a continuación, se centró en la cuestión de si era debido a fines de investigación científica que ese país recurrió a métodos letales. Él, para responder a esto, examinó si los elementos de la concepción y ejecución de ese programa eran razonables ante los objetivos de investigación anunciados. El tribunal calculó que los elementos de prueba de que disponía no permitían establecer que ese era el caso. Así, concluyó que los permisos especiales en virtud de los cuales Japón autorizó la ejecución de la muerte, la captura y el tratamiento de ballenas en el contexto del JARPA II no eran liberadas «en vista de investigaciones científicas», en la visión del artículo VIII, párrafo 1, del Convenio de 1946. La constatación no se restringe a ello, ya que el tribunal se examinó a continuación sobre las consecuencias de esta conclusión, a la luz de la afirmación de la Australia, según la cual Japón había contrarrestado varias disposiciones de las reglamentaciones anexadas a dicho Convenio. En ese caso, ésta era concerniente a las moratorias sobre la caza comercial y las usinas flotantes, así como a la prohibición de la caza comercial en el santuario del océano Austral. Ahora bien, el tribunal constata que Japón infringió efectivamente ciertas disposiciones del Convenio de 1946. En consecuencia, ordenó a Japón revocar los permisos en el marco de dicho programa, e instó a no repetirlos.

Esta sentencia puede ser considerada como memorable porque el tribunal, como en un eco amplificado de la *Represa*, supo superar la apariencia para sumergirse en el centro de un litigio ambiental. La apariencia era que la convención de 1946 se asemeja a una simple convención para la gestión ordenada de la caza de ballenas. Se puede dudar de que, en aquella

época, la preocupación por la protección de las especies no había animado a los países con ocasión de su redacción. Ahora bien, el tribunal, por un adquirido ejercicio de interpretación evolutiva, hizo de ello un instrumento de preservación de la diversidad biológica, en lugar de una simple regulación de la caza de la ballena. Y para alcanzar ese resultado, el tribunal se reviste con un traje científico, detallando los tipos de pesca, de ballenas, etc. En una palabra, él verifica el carácter razonable del muestreo letal, necesario a las investigaciones «científicas» y restringidas al margen nacional de los países en este ámbito. ¡Es mucho! Sin duda, no es necesario añadir mayor énfasis, como algunos comentaristas imaginaron deber hacer<sup>15</sup>, pero el avance es real y la preservación de las especies en la esencia de la solución se encuentra.

Un rápido balance en derecho internacional nos conduce a una constatación llena de matices: la ventaja es una toma de conciencia fundamental de las jurisdicciones internacionales frente al medio ambiente, al menos algunas de ellas. El inconveniente es la ilusión de lo que podría conducir a una forma de régimen autosuficiente, no por parte de las jurisdicciones, mucho menos por parte de los países, sino de algunos comentaristas celosos en materia ambiental. Los progresos no vendrán de una forma de suficiencia en torno a la cual todo debe doblarse. Esta tendencia ya ha sido puesta en obra en otros ámbitos del Derecho internacional, en materia de derecho del hombre o de derecho internacional penal, especialmente.

A partir de entonces, ¿qué pensar de la «ola» ambientalista que aparentemente penetra el derecho? ¿Y, en «qué» el medio ambiente se constituye como una fuerza de penetración del derecho? Sin duda, puesto que el derecho es un receptáculo, una especie de esponja, absorbe las corrientes dominantes, y no es sino el resultado del estado de una sociedad en un momento dado. Si la economía domina, ella invade el derecho, si el medio ambiente se impone, el derecho se vuelve ambiental, etc. Dada esta constatación, se puede estar de acuerdo con la condición de no hacer el

---

15 En particular: «Esto, vació la cuestión fundamental de las circunstancias, autorizando la ejecución de seres vivos no humanos y de condiciones de esa ejecución. Se interroga la relación entre el ser humano y las otras especies, tal como se concibe en la carta de la convención ballenera y en el derecho ambiental contemporáneo (...) El tribunal, evidentemente, no entró en el debate sobre la personalidad jurídica de los animales ... «Pero, él» aborda las ballenas como otros seres vivos y no como cosas », I. Michallet, en el Ph. Billet, JM. Février, G. Kalfèche, A. Laget-Annamay, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube: Las grandes sentencias del Derecho del medio ambiente, op cit, pp. 271-272.

imperialismo o, sobre todo, el unilateralismo. La COP 21 es un verdadero progreso, con certeza, más que se detiene a las puertas de los intereses económicos bien entendidos de los países.

La adhesión de la problemática ambiental significa que el derecho es «ambientado» por el medio ambiente, dicho de otra forma, ¿encerrado por él? Sí, si se considera el importe de poder de esta preocupación nacional, regional y mundial. No, el derecho queda siendo derecho, es decir, un modo entre otros de relaciones sociales, tendiendo a una forma de mantenimiento de la paz en una determinada sociedad, en un momento dado. La constatación de que el medio ambiente está más presente en el derecho actual, lo que es evidente, se debe al hecho de que esa cuestión se volvió crucial y no, en una humilde visión, al hecho de que él habría transformado el derecho en «ambientalizador».

Claramente, las consideraciones ambientales están cada vez más presentes en el derecho. Lo que es de dominio del derecho sustancial. Esto se da diferentemente para las fuentes que difícilmente se mueven, aunque «el objeto» medio ambiente poco los haga evolucionar. Por ejemplo, la COP 21 se relaciona con el Derecho de Derecho (de «derecho flexible», según la tradición incompleta del Consejo de Estado<sup>16</sup>) Sin embargo, el *soft law* se expande, generalmente, sobre todo en el ámbito del derecho económico y no es, por lo tanto, el apéndice del derecho ambiental, siendo concesión de una evolución societal que se acomoda cada vez más fuera de regla «dura».

Actualmente (y después de largo tiempo), la única fuerza englobante del derecho parece ser la de la economía. Entonces, sería necesario, sin duda, evocar «la economía del medio ambiente», por lo tanto, «la economía del derecho en general». Las declinaciones pueden ser infinitas, pero, queda sólo la realidad y, en ese dominio, el primado de la economía tiene, aún, bellos días por delante, aunque sea lamentable.

---

16 *Consejo de Estado, El derecho flexible*, Estudio anual, 2013, París, La documentación francesa, 297 p.