

# EL PROCESO DE CAMBIOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS ESPACIOS COMUNES\*

*Francisco Orrego Vicuña*

En este trabajo se analiza la evolución del derecho internacional de los espacios comunes —específicamente el Derecho del Mar, la Antártida y el medio ambiente—, proceso que ha tenido como resultado una nueva forma de control de éstos. Según el autor, el éxito de este proceso radica en el rol que debe jugar el consenso, lo que no implica el intento de formar un sistema de control mundial o de internacionalizar estas áreas. Debe primar, por lo tanto, la cooperación armónica entre los intereses nacionales y los internacionales, como se demuestra en la evolución del derecho de los espacios que aquí se describe.

## 1. Hacia nuevas formas de control de los espacios comunes

El derecho que rige las zonas que se encuentran más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales<sup>1</sup> ha sufrido cambios radicales en la segunda mitad del siglo xx y se pueden prever modificaciones aún más profundas al aproximarse la humanidad al tercer milenio. El Derecho del Mar, el régimen de cooperación antártica y la legislación relativa al medio ambiente son sólo tres ejemplos de la evolución de dicho sistema jurídico, aspecto en el que se concentrará este trabajo. Hay, sin embargo, muchos otros ejemplos que evidencian la misma índole evolutiva a medida que el derecho internacional adquiere una estructura más cabal y las organizaciones internacionales son llamadas a asumir un papel más activo en el desarrollo de la cooperación internacional.<sup>2</sup>

---

\*Una versión inglesa de este trabajo fue presentada al Seminario sobre "The Economics of Transnational Commons", Siena, 25-27 de abril de 1991, y será publicada por Oxford University Press.

<sup>1</sup>Véase en general Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Fourth edition, 1990), Part V: "Common amenities and co-operation in the use of resources".

<sup>2</sup>W. Michael Reisman, "International Law after the cold war", *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990. 859-866.

Tres cambios jurídicos bien determinados se pueden identificar en relación con las zonas de espacios comunes. El primero se relaciona con las variaciones que afectan a la naturaleza y el alcance de las normas del derecho internacional concebidas específicamente para regir las zonas que están más allá de las jurisdicciones nacionales, tanto desde el punto de vista de las normas convencionales como de las normas incipientes del derecho internacional consuetudinario en cada campo. El segundo tipo importante de cambio ocurre en el ámbito del derecho interno según se aplica a las actividades que tienen repercusión en dichas zonas de espacios comunes o que se llevan a cabo en ellas, proceso que demuestra una creciente interacción entre el orden jurídico interno y el internacional y la gradual erosión de los ámbitos separados de jurisdicción que prevalecieron en el pasado. El tercer cambio consiste en que normalmente se establecen organismos internacionales o mecanismos de cooperación de carácter informal para tratar de resolver las complejidades cada vez mayores de la legislación internacional y los preceptos normativos en estos campos, lo que trae como consecuencia nuevas formas de regímenes internacionales en los que los intereses nacionales interactúan con otros factores que rigen la política y el derecho.

Si bien el contenido jurídico e institucional de los regímenes que rigen los espacios comunes será por supuesto diferente en uno u otro caso, debe señalarse que la evolución que ocurre se atiene básicamente al mismo fundamento: después de un período en el que prevalece la libertad, se introduce gradualmente la reglamentación con el fin de impedir el agotamiento de los recursos o la degradación de valores y objetivos comunes importantes, primero en forma voluntaria y luego en condiciones obligatorias; ello a su vez va seguido del desarrollo de formas más activas y positivas de cooperación, que inevitablemente se traduce en las medidas normativas e institucionales estructuradas a que se hizo referencia antes. El resultado es una nueva forma de control de los espacios comunes que aún está en evolución y que todavía no ha logrado alcanzar una etapa de consolidación jurídica.

A continuación se examinará este proceso frente a las experiencias relacionadas con los océanos, la Antártida y el medio ambiente global.

## 2. El Derecho del Mar y el ajuste equilibrado de los intereses nacionales e internacionales

La libertad de la alta mar es una de las normas más fundamentales del derecho internacional tanto consuetudinario como convencional.<sup>3</sup> Sin embargo, la naturaleza y el alcance del contenido normativo de esta regla es muy diferente en las postrimerías del siglo xx de lo que era a comienzos del siglo xvi cuando se estableció firmemente. Ha evolucionado de hecho desde un sentido absoluto a uno relativo, como consecuencia de las nuevas realidades científicas y tecnológicas relacionadas con la explotación de los recursos oceánicos y cuestiones afines.

En efecto, durante el período en que se daba un significado absoluto a la norma su efecto jurídico principal se relacionaba con el deber de los Estados de no entorpecer el uso que otros quisieran hacer de los océanos, ya fuera para navegación o pesca, lo que de hecho era más bien un caso de abstención que de cooperación. Este enfoque histórico se ha mantenido sobre todo en relación con la libertad de navegación, sujeto a los ajustes que la tecnología o la jurisdicción nacional han hecho necesarios. No obstante, la libertad de la alta mar, aplicada a la pesca y a otros usos económicos, se fundó en una premisa científica falsa puesto que se pensaba entonces que los recursos del mar eran inagotables y por lo tanto la explotación de los océanos podía emprenderse sin restricciones. La libertad de la alta mar como principio jurídico era sinónimo de la libertad de acceso a sus recursos como principio económico.<sup>4</sup>

Cuatro siglos y medio después había abundantes elementos de juicio que demostraban que la realidad científica era bastante diferente y que debido a los avances tecnológicos en la industria pesquera el agotamiento de los recursos se había convertido en un fenómeno común en todo el mundo.<sup>5</sup> La necesidad de restringir el acceso se reconoció como una consecuencia, al comienzo en forma muy tímida por medio de la adopción de medidas de conservación en zonas determinadas del mundo a principios de este siglo, luego activamente

<sup>3</sup>D. Momtaz, "La Haute Mer", en: René-Jean Dupuy y Daniel Vignes (eds.), *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, 1985, 337-374.

<sup>4</sup>Con respecto a la relación entre la economía y el Derecho del Mar véase en general Ross D. Eckert, *The enclosure of oceans resources-economics and the law of the sea*, 1979.

<sup>5</sup>Brownlie, *op. cit.*, nota 1 supra, pp. 262-263.

recurriendo a medidas convenidas y, si era necesario, a decisiones unilaterales, y últimamente merced a políticas de carácter obligatorio incorporadas en amplias convenciones internacionales que abarcaban zonas marinas particularmente sobreexplotadas.<sup>6</sup> La libertad de la alta mar se mantuvo como cuestión de derecho, pero su naturaleza y alcance eran decididamente diferentes con respecto al pasado, pues se había introducido gradualmente el acceso reglamentado. Por otra parte, la obligación de no entorpecer el uso de los océanos dio lugar a una forma positiva de cooperación, en que se necesitan medidas específicas para la consecución de las metas establecidas.

Si bien la legislación en este terreno ha evolucionado rápidamente en el marco de los acuerdos regionales, la aceptación de reglas amplias y universales relativas a la conservación de las zonas pesqueras ha resultado más dificultosa. Con ocasión de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1958 se enfrentaron dos tesis principales: la continuada aplicación de la libertad de pesca, sujeta eventualmente a restricciones menores convenidas, y el principio de la abstención, desde cuyo punto de vista los Estados que no habían participado en actividades pesqueras y en la conservación de zonas determinadas en la alta mar debían abstenerse de participar en ellas.<sup>7</sup> Japón y los Estados Unidos fueron respectivamente los principales defensores de estos planteamientos. El problema no halló solución en esa ocasión, como sucedería también en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1960.

No obstante, una tendencia de primerísima importancia comenzó a manifestarse en estas conferencias: el interés de los Estados ribereños en las actividades pesqueras y en la conservación de los recursos vivos de las zonas de la alta mar adyacentes a sus mares territoriales, lo que tuvo un reconocimiento limitado en la convención de 1958 sobre la materia. En este marco se reclamaron derechos exclusivos o de acceso preferencial, y tuvieron una influencia importante sobre esta tendencia las proclamaciones anteriores de algunos países latinoamericanos.<sup>8</sup> Lo que esto significó de hecho fue que, en la medida en que la comunidad de naciones no estaba en condiciones

---

<sup>6</sup>A. W. Koers, *International Regulation of Marine Fisheries*, 1973.

<sup>7</sup>Shigeru Oda, *International control of sea resources*, reimpresión con nueva introducción, 1989.

<sup>8</sup>A. H. Dean, "The Second Geneva Conference on the Law of the Sea; the fight for freedom of the seas", *American Journal of International Law*, vol. 54, 1960, 751-789.

de asegurar la conservación en zonas de la alta mar, sería tarea de los Estados ribereños asumir este papel en su nombre y en su propio interés, todo ello específicamente autorizado por el derecho internacional. La teoría del "*dedoublement fonctionnel*" (desdoblamiento funcional), según la cual un Estado actuaría simultáneamente por sí mismo y como agente de la comunidad internacional, explica muy bien el proceso que comenzó a desarrollarse en este sentido. Los intereses nacionales e internacionales interactuaron estrechamente en la formulación de las normas jurídicas pertinentes.

Correspondió a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar consolidar el proceso jurídico en evolución relacionado con los océanos.<sup>9</sup> Ello se hizo por medio de dos cursos de acción paralelos. En primer lugar, las reglas del derecho internacional aplicables en general a las zonas de la alta mar fueron codificadas y considerablemente desarrolladas, sobre todo en lo que atañe a la explotación de los recursos. La conservación se convirtió en una cuestión de prioridad, condicionándose así en cierta medida la tradicional libertad de pesca en la alta mar. Aunque las reglas que determinan el acceso a estos recursos no han sufrido alteraciones radicales a nivel mundial, hay en la actualidad una identificación positiva de un deber de asegurar la conservación en la alta mar y de la obligación de los Estados de cooperar en este sentido, lo que supone un criterio de obligatoriedad que antes no existía. Este es precisamente el criterio que se ha desarrollado principalmente en convenciones específicas y otros acuerdos en su mayor parte en el plano regional, en el que el acceso ha estado de hecho sujeto a reglamentación.

El segundo curso de acción significó una innovación decisiva en el control del espacio oceánico: la comunidad internacional aceptó el papel del Estado ribereño en la gestión y explotación de los recursos vivos mediante el establecimiento de la Zona Económica Exclusiva de 200 millas o de zonas pesqueras conexas. El derecho internacional y el derecho y las políticas nacionales llegaron al respecto a un punto de estrecha asociación. Las zonas pesqueras más importantes del mundo quedaron así sujetas al control de los Estados ribereños. Aunque el tema de la nacionalización de los recursos oceánicos o la territorialización de las zonas de alta mar se ha debatido intensamente, la situación parece ser algo diferente.<sup>10</sup>

<sup>9</sup>R. R. Churchill y A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 1983.

<sup>10</sup>Francisco Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone. Regime and legal nature under international law*, 1989.

No puede haber duda acerca del hecho de que la Zona Económica Exclusiva fortalece el interés y la soberanía de los Estados ribereños, aunque conforme a un significado económico funcional y sin un pleno alcance territorial, pero no se trata del único interés que se ha tenido en cuenta. El interés de la comunidad internacional, incluido el de los países pesqueros de aguas distantes, encuentra su expresión en las obligaciones específicas que comprometen a los Estados ribereños en cuanto a la conservación, el acceso a los excedentes y otras materias respecto de las cuales se apela a la cooperación en términos jurídicos obligatorios. Los regímenes especiales que se aplican a especies claves, especialmente en lo concerniente a las especies altamente migratorias, las especies anádromas y los mamíferos marinos, junto con las disposiciones relativas a los recursos transfronterizos y otras situaciones especiales, revelan también una estrecha interacción entre el régimen de la alta mar y las reglas aplicables dentro de la Zona Económica Exclusiva.

La evolución del derecho internacional en relación con los espacios comunes avanzó un paso más como consecuencia del reconocimiento de nuevos intereses en la materia. Entre ellos destacan la preservación del ambiente marino, donde nuevamente hay una fuerte interacción entre las reglas generales y los regímenes convencionales detallados, los acuerdos regionales y la legislación nacional, y el régimen de investigación científica marina.

El régimen que controla la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos y del subsuelo es otro avance importante del derecho relativo al espacio oceánico. No obstante, deben mencionarse dos experiencias diferentes al respecto, una fructífera, la otra no. El régimen de la plataforma continental<sup>11</sup> ha seguido básicamente el sendero de desarrollo descrito anteriormente, es decir, reglas generales de derecho internacional sujetas a un proceso de creciente perfección y adaptación —con inclusión de importantes disposiciones a nivel regional o binacional—, combinadas con un papel especialmente activo de los Estados ribereños. Los intereses funcionales de estos últimos en los recursos de la plataforma continental han interactuado con la consolidación de las reglas del derecho internacional en este campo, y ello ha tenido como consecuencia una integración parcial de este régimen particular con el de la Zona Económica Exclusiva

<sup>11</sup>J. F. Pulvenis, "Le plateau continental, définition et régime", en: Dupuy y Vignes, *op. cit.*, nota 3 supra, 275-336.

hasta la distancia de 200 millas. Por haber sido este proceso gradual y estable y universalmente aceptado no cabe sino catalogarlo como una experiencia fructífera.

Totalmente distinta es la experiencia relativa a los recursos de los fondos marinos profundos más allá de los límites de la jurisdicción nacional. A diferencia del esquema que ha caracterizado generalmente al Derecho del Mar, se hizo un intento por organizar cabalmente este régimen de conformidad con reglas muy detalladas del derecho internacional, que a la vez estipulaban una participación muy restringida de los intereses nacionales en el acceso a los recursos y la gestión del sistema. La consecuencia fue que la tradicional interacción de los intereses nacionales y el derecho internacional no tuvo cabida en este régimen y, al contrario, todos esos intereses quedaron comprendidos bajo una autoridad supranacional que en el plano internacional se parecía al tipo de organismo estatal todopoderoso característico del decenio de 1960.<sup>12</sup> El resultado fue que dicho planteamiento no contó con la aprobación universal y en la actualidad sólo es dable juzgarlo como fracasado.

La experiencia recogida hasta la fecha con la evolución del Derecho del Mar permite concebir un modelo que con toda probabilidad se mantendrá en el proceso de consolidación que aún se debe enfrentar. Según este modelo el derecho internacional estipula solamente normas generales a nivel universal, de índole obligatoria pero lo suficientemente flexibles para permitir acuerdos específicos bajo su potestad. Normas como esas se están extendiendo progresivamente hacia nuevas áreas y materias de interés. A este nivel el acceso a los recursos y otros aspectos relacionados con su gestión no están sujetos a un régimen preciso, salvo la obligación de asegurar la conservación. Este tipo de acuerdo específico se ha extendido rápidamente en los planos regional, bilateral y ocasionalmente nacional, estableciéndose normalmente reglas que sistematizan el acceso y la gestión. Además, generalmente se establecen mecanismos institucionales en este otro ámbito, aunque existen también instituciones funcionales amplias en este plano. La interacción entre el nivel general y el normativo específico es muy fuerte y se produce por medio de vinculaciones directas e indirectas, lo que da lugar a que reglas determinadas se "generalicen" a un nivel más amplio.

---

<sup>12</sup>Francisco Orrego Vicuña, "The Deep Seabed Mining regime: terms and conditions for its renegotiation", *Ocean Development and International Law*, vol. 20, 1989, 531-539.

Una característica importante de este modelo es que los intereses nacionales se combinan activamente con las perspectivas internacionales en el ámbito de los acuerdos cooperativos. El derecho internacional y el derecho nacional tienen papeles complementarios en cuanto a la consecución de este equilibrio. Si prevalecieran sólo los intereses nacionales la cooperación y el derecho internacional serían totalmente ineficaces. Si prevalecieran sólo los planteamientos internacionales en perjuicio de factores internos ello sería igualmente inútil, como lo demuestra muy claramente el caso relativo a los fondos marinos. Esta combinación equilibrada de intereses, políticas y derecho es la esencia del éxito en el control de éste y de otros espacios comunes.

### 3. El Sistema del Tratado Antártico: la evolución de los enfoques para una cooperación exitosa

La situación de la Antártida es por supuesto diferente, por no reunir estrictamente las condiciones para considerarla un "espacio común", ya que hay reclamaciones nacionales, y debido al hecho de que no es estrictamente una zona global, aunque hay sí una fuerte interacción global en relación con este continente. A pesar de estas diferencias es interesante observar que el fundamento y las tendencias que sirven de base al modelo descrito anteriormente están también muy presentes en el caso de la Antártida.

El antagonismo y la confrontación caracterizaron a los asuntos antárticos en momentos en que los intereses nacionales bregaban por imponerse unos a otros tanto en el terreno de las reclamaciones de soberanía como en el de la rivalidad entre países reclamantes y no reclamantes.<sup>13</sup> La cooperación y la formulación de un conjunto coherente de normas de derecho internacional para regir el área resultaron tareas prácticamente imposibles en tales circunstancias. El objetivo principal del Año Geofísico Internacional en el terreno científico y del Tratado Antártico de 1959 en el terreno jurídico y político fue de hecho elaborar mecanismos para superar esos antagonismos y alcanzar un grado factible de cooperación en la zona. Ello significó en la práctica que nuevamente se buscaba el equilibrio entre los reclamantes y los no reclamantes y entre todos los intereses

<sup>13</sup>Sir Vivian Fuchs, *Of Ice and Men*, 1982.

nacionales y el interés de la comunidad internacional, que además se había expresado a través de iniciativas anteriores en las Naciones Unidas.

El Tratado Antártico representa el nivel de derecho internacional general que rige en la Antártida y como tal no se ocupa de reglas detalladas ni de laboriosas disposiciones institucionales al respecto. Al contrario, este Tratado constituye un mecanismo muy simplificado que estipula solamente los principios básicos que se han de observar y un enfoque institucional muy simple para asegurar el avance de la cooperación. Constituyen elementos esenciales de este Tratado principios como la libertad de investigación científica, los usos pacíficos y no militarización de la Antártida, y el congelamiento de las reclamaciones por un período de treinta años, junto con el mandato otorgado a las Reuniones Consultivas para que cada dos años analice el desarrollo de la cooperación.<sup>14</sup>

Puesto que la principal preocupación en esa época se relacionaba con la libertad sin trabas para realizar investigación científica y con el equilibrio de los intereses políticos, y sólo en forma muy marginal con los recursos y el medio ambiente, no surgió verdaderamente la cuestión de la regulación del acceso. Tanto es así que en la actualidad la libertad de investigación científica se garantiza ampliamente a quienquiera que desee emprender esta actividad, con la sola condición de que acate las reglas del Tratado, y cualquier Estado que lleve a cabo una investigación científica sustantiva puede optar a convertirse en Parte Consultiva.

Este tipo de derecho internacional general se extendió rápidamente a nuevas áreas de interés y preocupación mediante el trabajo de las Reuniones Consultivas. El medio ambiente, el intercambio de información, la protección de la flora y la fauna, la explotación de los recursos vivos y no vivos, las comunicaciones y un sinnúmero de otros problemas quedaron sucesivamente dentro del marco de la cooperación en la Antártida, proceso que aún está en plena evolución.<sup>15</sup> La flexibilidad con que se concibieron las reglas básicas permitió que evolucionaran y se adaptaran según surgiesen las necesidades y según variasen las circunstancias, intereses y prioridades.

A medida que cobraron ímpetu las actividades en la Antártida se hizo necesario establecer normas jurídicas específicas que rigiesen

<sup>14</sup>René-Jean Dupuy, "Le Traité sur l'Antarctique", *Annuaire Français de Droit International*, 1960, 111-132.

<sup>15</sup>*Handbook of the Antarctic Treaty System*, séptima edición, 1990.

aspectos fundamentales de la cooperación. Ello se llevó a cabo en primer lugar mediante recomendaciones hechas por las Reuniones Consultivas, algunas de las cuales incorporaron disposiciones obligatorias. Luego, sin embargo, se negociaron y pusieron en vigor convenciones especiales para abordar aspectos importantes de la actividad antártica, como la conservación de las focas antárticas, la pesca y los minerales. En algunos casos, como la caza de la ballena, los convenios mundiales también tuvieron una aplicación específica a la Antártida.<sup>16</sup> Este nivel específico del derecho antártico, concebido dentro de un marco más general del derecho internacional, puede compararse con la especificidad lograda en los acuerdos regionales relacionados con el Derecho del Mar en el modelo descrito anteriormente.

Un resultado importante de estos desarrollos es que la naturaleza del derecho internacional que rige los asuntos relacionados con la Antártida ha evolucionado de un enfoque generalmente voluntario, o que se caracterizaba por obligaciones de tipo general, a uno en que el cuerpo jurídico contiene disposiciones generalmente obligatorias. Ello ha significado también que aquello que al comienzo pudiese haber sido una serie de directrices o pautas generales de conducta en campos específicos se ha convertido hoy en un conjunto detallado de normas. En efecto, la totalidad de las normas jurídicas que ahora rigen en la Antártida, a diferencia de las disposiciones muy generales del Tratado de 1959, se asemejan mucho a un código antártico.

En la medida en que se ha intensificado cada vez más el contenido legislativo y normativo de dichas disposiciones jurídicas, se ha hecho manifiesta la necesidad de un mecanismo institucional con el fin de asegurar una gestión adecuada de las políticas a aplicar. Las sencillísimas disposiciones institucionales relacionadas con los trabajos iniciales de las Reuniones Consultivas, o incluso la primera convención preparada a comienzos de la década de 1970, han sido reemplazados por sistemas muy complejos. Las instituciones establecidas en virtud de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos de la Antártica (CCAMLR)<sup>17</sup> persiguen lograr un difícil equilibrio entre los intereses políticos de los gobiernos repre-

<sup>16</sup>Scott A. Hajost, "International agreements applicable to Antarctica: a survey", en: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Antarctic Challenge III*, 1988, 79-103.

<sup>17</sup>David M. Edwards y John A. Heap, "Convention on the conservation of Antarctic Marine Living Resources: a commentary", *Polar Record*, vol. 20, 1981, 353-362.

sentados en la Comisión y los intereses y puntos de vista de la ciencia representados en el Comité Científico, lo que se ha traducido en una interesante evolución de la armonización de los respectivos puntos de vista y las consiguientes políticas de conservación. Más complejas aún son las disposiciones concebidas en virtud de la Convención sobre la Reglamentación de las Actividades sobre los Recursos Minerales Antárticos (CRAMRA), en que una Comisión, Comités reguladores, un comité asesor, una reunión de Estados y una secretaría intervienen cumpliendo diversas funciones con el fin de armonizar los intereses de los reclamantes, los no reclamantes, la comunidad internacional, la ciencia, el medio ambiente y los operadores de los recursos, entre otros.<sup>18</sup> Las propias Reuniones Consultivas han asumido un papel nuevo y muy activo en la gestión de los asuntos antárticos en su conjunto, lo que también ha originado nuevas exigencias institucionales.

El derecho internacional de la Antártida, como conjunto de normas en proceso de evolución, se ha llegado a conocer con toda razón como el Sistema del Tratado Antártico, en el sentido de que bajo el Tratado de 1959 ha surgido un sistema integral de derecho e instituciones, que abarca una amplia variedad de recomendaciones, decisiones, reglamentos y tratados.<sup>19</sup> En tal ámbito de transformaciones la naturaleza de la cooperación antártica también se ha modificado radicalmente, en forma que no difiere de lo que sucedió con el Derecho del Mar. De hecho, en la época en que la investigación científica y la necesidad de evitar la confrontación eran las principales preocupaciones de la legislación, bastaba una especie de cooperación negativa para alcanzar esos objetivos, es decir, era suficiente para asegurar que los Estados no entorpecerían las actividades emprendidas por otros Estados en la zona. Sin embargo, cuando los problemas se relacionan con las políticas en materia de recursos —especialmente la pesca y los minerales— y con las políticas ambientales, o con cuestiones como la jurisdicción marítima, el turismo y otras, entonces la cooperación necesariamente se torna positiva y exige la participación activa en la consecución de esos logros de todos los Estados interesados. Esta otra forma de cooperación puede asegurarse solamente mediante disposiciones jurídicas e institucionales específicas que organicen eficazmente la gestión de las políticas del caso.

<sup>18</sup>Peter J. Beck, "Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities: a major addition to the Antarctic Treaty System", *Polar Record*, vol. 25, 1989, 19-32.

<sup>19</sup>Gillian Triggs (ed.), *The Antarctic Treaty Regime*, 1987.

Los cambios ocurridos con respecto a la naturaleza y alcance del Sistema del Tratado Antártico tuvieron también fuertes repercusiones desde el punto de vista del acceso a los recursos antárticos. La libertad de acceso tuvo como consecuencia un grave agotamiento de los recursos históricos, como las ballenas y las focas, y existía además el peligro de agotar recursos a los que se había tenido acceso más recientemente. La libertad de acceso en relación con los minerales sería aún más problemática, puesto que no sólo podría haber desencadenado una intensa competencia sino que además habría reactivado el conflicto de reclamaciones e intereses contrapuestos y probablemente habría terminado por ser una seria amenaza para el medio ambiente.

Las Medidas Acordadas permitieron la introducción de un sistema de permisos para la realización de actividades en zonas vulnerables, en tanto que las recomendaciones relativas a las Zonas Especialmente Protegidas y Sitios de Especial Interés Científico dieron lugar a que dicho enfoque se desarrollara en forma considerable. La Convención sobre la Foca estableció límites al número de focas que podía cazarse en un año dado, junto con zonas de caza y de conservación de esta especie. Todas estas medidas apuntaban a la reglamentación del acceso a los recursos. En virtud de CCAMLR es dable aplicar un criterio más amplio en relación con la conservación de los recursos biológicos de la Antártida, el que establece temporadas de pesca, el cierre del acceso a zonas determinadas y otras reglas que últimamente se han tornado más estrictas.<sup>20</sup> Por medio de CRAMRA se ha concebido el método más restrictivo aplicado hasta la fecha al respecto, puesto que la exploración y explotación de los recursos minerales no están permitidas a menos que se autoricen específicamente de conformidad con condiciones técnicas y ambientales muy estrictas. En las Reuniones Consultivas se han creado recientemente Zonas Especialmente Reservadas y Zonas de Planificación de Usos Múltiples.

La protección del medio ambiente ha sido durante largo tiempo una preocupación importante del Sistema del Tratado Antártico y últimamente se ha convertido en una cuestión que tiene un alto grado de prioridad en el ámbito de las actividades ligadas a los recursos de la zona, sobre todo si pudiese darse en el futuro la explotación de los

---

<sup>20</sup>M. W. Holdgate, "Regulated development and conservation of Antarctic resources", en: Triggs, *op. cit.*, nota 19 *supra*, 128-142.

minerales. Además de las numerosas medidas específicas adoptadas con respecto a esta materia, las convenciones que se ocupan de los recursos han introducido normas y criterios ambientales, que son especialmente avanzados en el caso de CRAMRA. Se encuentra también en proceso de negociación un protocolo especial sobre la conservación y preservación del medio ambiente antártico.<sup>21</sup> Al respecto, se estudia actualmente la implantación de una moratoria de las actividades de extracción de minerales, al terminar la cual entraría en vigor CRAMRA u otro acuerdo negociado entretanto.

Esta nueva dimensión del derecho antártico es ciertamente importante y señala una tendencia muy clara hacia el futuro. No obstante, existe aquí también el riesgo de la exageración. En algunos planteamientos la ciencia debe también subordinarse a las prioridades ambientales, lo que se ha considerado con toda razón un factor que tiene un efecto perjudicial en los objetivos científicos que son el fundamento del Sistema del Tratado Antártico.<sup>22</sup> Del mismo modo, no parecen estar muy ajustadas a la realidad ideas como una prohibición a perpetuidad de las actividades de extracción de minerales, la prohibición del turismo, o el reacondicionamiento a fondo de los mecanismos institucionales a la luz de los intereses de los grupos de presión en favor del medio ambiente.

La Antártida en la actualidad está regida por un orden jurídico integrado en el que interactúan en forma muy dinámica reglas generales y específicas. Este orden jurídico es el resultado de la minuciosa armonización de los diversos intereses en juego, lo que asegura la plena concordancia entre las necesidades de cooperación internacional y las políticas nacionales en la zona. El derecho internacional y el derecho interno cumplen una función activa en la estructura y evolución de este marco jurídico. Este criterio equilibrado ha tenido como resultado una experiencia bastante singular, en que los intereses nacionales de los países reclamantes y no reclamantes y los mecanismos de la cooperación internacional ya no se conciben desde el punto de vista del antagonismo o la mutua exclusión, sino que, por el contrario, han llegado a reforzarse recíprocamente en pos de objetivos comunes. En verdad, la cooperación internacional no sería factible si no dependiera de la participación activa de dichos intereses

---

<sup>21</sup>Lee A. Kimball, *Report on Antarctica*, World Resources Institute, enero de 1991.

<sup>22</sup>Declaración del Presidente de SCAR, Dr. Richard Laws, en la XI Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico, noviembre de 1990, *Report*, 1991, 90-91.

nacionales, ni tampoco serían estos eficaces de manera alguna a menos que estuvieran entrelazados con dichas perspectivas internacionales.

Se han propuesto iniciativas, sin embargo, con miras a reemplazar total o parcialmente el actual orden jurídico de la Antártida por un régimen internacional concebido en líneas generales bajo el auspicio de las Naciones Unidas u otro organismo mundial.<sup>23</sup> La significación práctica que tendría este planteamiento sería la total internacionalización de la Antártida. Los intereses de la comunidad internacional son sin duda importantes y como tales se les ha dado cabida gradualmente en el actual Sistema del Tratado Antártico, proceso que por supuesto puede desarrollarse y perfeccionarse aún más. Otra cosa muy distinta, no obstante, es pretender substituir la matriz actual de intereses que actúan en la zona por un nuevo orden mundial.

A semejanza de la situación con respecto a los fondos marinos y más allá de los límites de la jurisdicción nacional, este planteamiento no cuenta con la aprobación de los miembros principales de la comunidad internacional. Aún más, nada garantiza que sería un sistema más eficaz de control de la Antártida y puede incluso ser exactamente lo contrario. No tiene objeto tratar de alterar el buen equilibrio del actual orden jurídico antártico mediante la incorporación de criterios internacionales en perjuicio de otros intereses legítimos. También en el caso de la Antártida la combinación equilibrada de intereses, políticas y derecho ha sido un sistema muy eficaz y fructífero de control.

#### **4. El derecho internacional del medio ambiente: la innovación mediante la cooperación**

Los cambios que experimenta el derecho internacional en el campo de la protección ambiental son aún más radicales que los examinados más arriba, principalmente por la razón de que se están introduciendo profundas innovaciones conceptuales que coinciden con la evolución de la naturaleza y el alcance de este cuerpo jurídico. Ello ocurre particularmente en relación con los conceptos de obligación, respon-

<sup>23</sup> Abdul Koroma: "Safeguarding the interests of mankind in the use of Antarctica", en: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Antarctic Challenge III*, 1988, 243-252.

sabilidad y medidas correctivas según se apliquen a las cuestiones ambientales, conceptos que, establecidos originalmente para funcionar de manera *ex post facto* una vez ocurrido el daño, son hoy parte de un enfoque preventivo cuyo interés principal es evitar efectos ambientales adversos de una actividad específica.<sup>24</sup>

Al igual que en el caso de otros espacios comunes la información científica ha tenido también un importante efecto en el derecho. Muchos de los cambios que ocurren en la actualidad en el derecho internacional del medio ambiente han sido impulsados por el hecho de que las amenazas al entorno se tornan más serias a medida que se las conoce mejor desde el punto de vista científico, mientras que al mismo tiempo se hace cada vez más difícil determinar una fuente única de los problemas, ya sea nacional o transnacional, pública o privada. Además, hay datos concluyentes acerca de los plazos cada vez mayores que se necesitan para corregir una situación adversa, y sobre todo existe el riesgo de que determinados efectos sean irreversibles.<sup>25</sup>

Basado en estas nuevas realidades, el nivel de normas generales del derecho internacional se ha ampliado también rápidamente, tanto desde el punto de vista de su campo de acción geográfico como desde el de su contenido material. En cuanto a lo primero, ha evolucionado hasta pasar de un alcance nacional y binacional que tuvo en la primera mitad de este siglo a un alcance transnacional que comprende actividades con un efecto que va más allá de los límites de la jurisdicción nacional y de ahí a una esfera de acción genuinamente global, que aborda gradualmente los problemas que afectan al medio ambiente mundial en conjunto.<sup>26</sup>

Este proceso aún está en desarrollo pero tiene hoy una orientación muy clara, que probablemente se consolidará con ocasión de la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que se llevará a cabo en 1992 y las numerosas negociaciones encaminadas a ella.

El aumento del contenido material en un plano general es también impresionante. Desde los planteamientos muy generales de

<sup>24</sup>Forum on International Law of the Environment, *Introductory Document prepared by the Italian Government*, Sienna, 17-21 de abril de 1990.

<sup>25</sup>"The human dimensions of global change: an international programme on human interactions with the earth", informe del simposio internacional de Tokio sobre la respuesta de la humanidad al cambio global, 19-22 septiembre de 1988.

<sup>26</sup>*Restatement of the Law Third. The Foreign relations law of the United States*, vol. 2, 1987, 99 *et seq.*

la Declaración de Estocolmo de 1972 hasta la importante cantidad de temas abarcados por la actual red de convenios mundiales se evidencia sin duda alguna un cambio significativo. El medio ambiente marino, la energía atómica, la eliminación de desechos, las emisiones de clorofluorocarburos, la capa de ozono y el transporte de materiales peligrosos son unos pocos ejemplares de la rápida expansión que se lleva a cabo.<sup>27</sup> Es interesante también observar que al igual que en los ejemplos anteriores no existe en este nivel del derecho una definición específica en cuanto a la cuestión del acceso al recurso—en este caso el medio ambiente—pero surge no obstante una obligación global: el deber de no afectar adversamente al medio ambiente y de asegurar su preservación, lo que en cierta medida es comparable con la obligación de conservación en virtud del Derecho del Mar.

Además de las reglas generales del derecho del medio ambiente, se han establecido regímenes muy detallados en virtud de acuerdos muy específicos en forma de tratados, ya sea a nivel mundial o regional. Este nivel específico del derecho, al igual que en los ejemplos anteriores, ha creado reglamentos estrictos que rigen las cuestiones relativas al acceso y la gestión, mientras que al mismo tiempo estipulan medidas específicas en el plano institucional. En este otro nivel, la interacción con el derecho nacional es también muy considerable.

En el ámbito de estos acuerdos específicos en forma de tratados es donde se pueden hallar los cambios más importantes del derecho. En primer lugar, se puede señalar que las formas tradicionales de responsabilidad basadas en la negligencia o en la falta de una debida diligencia han originado nuevos planteamientos, con especial referencia a la responsabilidad objetiva o estricta, independiente de la negligencia, o incluso a la responsabilidad jurídica por actos no prohibidos por el derecho internacional.<sup>28</sup> En segundo lugar, además de la cuestión del daño económico, el derecho internacional ha comenzado a reconocer el daño al medio ambiente como tal con el fin de comprometer la responsabilidad de los Estados o las personas individuales. En tercer lugar, y de máxima importancia, la protección de los intereses afectados ha sido considerablemente ampliada y se

---

<sup>27</sup>Edith Brown Weiss, "Legal dimensions of global change: a proposed research agenda", *International Social Science Journal*, Nº121, 1989, 399.

<sup>28</sup>International Law Commission, "Third report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by International Law", N. U. Doc. A/CN.4/360/ Corr 1, 1982.

han establecido mecanismos mediante los cuales no sólo los Estados pueden hacer reclamaciones sino también las personas individuales y las instituciones internacionales. Estas nuevas circunstancias llevan gradualmente al reconocimiento de reglas *erga omnes* en la materia, es decir, una situación en la que todos los Estados y quizás diversas otras entidades podrían tener una base jurídica para reaccionar en contra de las actividades que causan daño ambiental.<sup>29</sup>

No todos estos cambios, naturalmente, se han "generalizado" en todo el ámbito del cuerpo del derecho internacional y muchas veces se limitan al tratado o asunto específico respecto del cual han sido acordados. Sin embargo, hay indicios importantes de que de esos acuerdos específicos surgen tendencias, y que éstas, como tales, comienzan a influir en el desarrollo del derecho internacional en forma general. Acontecimientos como aquellos relacionados con la responsabilidad estatal subsidiaria, el acceso al recurso en los tribunales del país, la responsabilidad directa de los empresarios privados, los fondos internacionales de compensación, la extensión de la responsabilidad a la fuente primaria del daño, el seguro ambiental o planes de responsabilidad compartida son sólo algunos ejemplos de este proceso de perfección del derecho del medio ambiente nacional e internacional.<sup>30</sup>

La índole preventiva del nuevo enfoque jurídico ha hallado expresión también en varios mecanismos importantes, que comprenden la inspección, verificación y puesta en vigor, sistemas de alerta anticipada, seguimiento, ayuda de urgencia, evaluaciones del impacto en el medio ambiente, procedimientos de auditoría internacionales, y el papel institucional cada vez más importante que cumplen las entidades de asesoramiento científico.<sup>31</sup> También en este campo los acuerdos institucionales se tornan más complejos y detallados, tanto en el plano universal como en el regional.

El problema del acceso al recurso también se ha abordado específicamente en varios regímenes particulares, si bien se trata todavía de una evolución bastante reciente en el derecho internacio-

---

<sup>29</sup>*Restatement*, *cit.*, nota 26 *supra*, en: p. 104, 121.

<sup>30</sup>Francisco Orrego Vicuña, "State responsibility, liability and remedial measures under international law: new criteria for environmental protection", Georgetown University Law Center, United Nations University Project on International Law and global change, 1991.

<sup>31</sup>Paul C. Szasz, "The role of international law: formulating international legal instruments and creating international institutions", Research workshop on Managing the global commons, Knoxville, Tennessee, August 1-4, 1989.

nal. Se ha recurrido al otorgamiento de licencias en unos cuantos casos, como el de las especies en peligro de extinción y el del vertimiento de desechos, y se han hecho sugerencias en el sentido de establecer sistemas más amplios de otorgamiento internacional de licencias. Se recurre también a la tributación para lograr el doble propósito de asegurar el financiamiento de fondos para el medio ambiente y de regular el acceso.<sup>32</sup> En el primer caso adopta la forma de gravámenes, como los que se aplican a las industrias que generan desechos peligrosos en un gran número de Estados de los Estados Unidos. Como mecanismo regulador se aplican impuestos a ciertas emisiones, al carbón, el petróleo y el gas, los minerales y la madera, todo ello dentro del campo de acción específico del medio ambiente. Sobre la base de estas experiencias se han hecho sugerencias en el sentido de financiar un fondo mundial para la atmósfera por medio de un gravamen al consumo de combustibles fósiles, o aplicar gravámenes para fines semejantes a las emisiones de los gases de invernadero, las exportaciones de maderas tropicales y otros aspectos.<sup>33</sup> También se ha estudiado, en el marco de estas políticas, la subasta de permisos para contaminar, que de una u otra forma tienen el efecto de regular y restringir el acceso al recurso en cuestión.

Se ha hecho también muy aparente la necesidad de aplicar un enfoque equilibrado en la evolución del derecho internacional relacionado con el medio ambiente. De hecho, mientras que es posible justificar varios enfoques nuevos a la luz de circunstancias específicas, su generalización debería considerarse con gran cautela con el fin de no trastornar el necesario equilibrio entre los intereses nacionales y las perspectivas internacionales. Problemas como el efecto del seguimiento en las políticas nacionales, las repercusiones del otorgamiento de licencias en la libertad de empresa, o la relación entre la aplicación de impuestos y el desempeño de las economías de mercado, deben todos tenerse en cuenta al dar forma al derecho internacional del medio ambiente. Al igual que en el caso de otros espacios comunes, debería asegurarse la cooperación armónica entre el derecho nacional y el internacional en sus diversos niveles como una condición necesaria para lograr su éxito.

---

<sup>32</sup>Peter H. Sand, "Institutions for global change: whither environmental governance?", Fifth Talloires Seminar on International Environmental Issues, 14-18 May 1989.

<sup>33</sup>Peter S. Thacher, "Institutional options for management of global environment and commons", United Nations Association Project on Global Security and Risk Management, 1989.

## 5. La evolución del marco del derecho internacional: el papel del consenso

Podría ser intelectualmente tentador extraer del análisis anterior la conclusión de que se está formando un sistema mundial de control para ocuparse primero de los espacios comunes y luego, quizás, del mundo en su conjunto. La visión utópica de un gobierno mundial en substitución de las soberanías nacionales no es nueva. Sin embargo, tal conclusión no se ajustaría a la realidad. El derecho internacional es el resultado de un proceso difícil y complejo de armonización de los intereses, que está fuertemente influido por las políticas nacionales y las necesidades y perspectivas internacionales. Es por lo tanto muy probable que el derecho que rige los espacios comunes siga basándose en esta matriz de intereses, y se mantendrá de ese modo alejado de soluciones extremas que podrían dar lugar a que un interés prevaleciera en perjuicio de otro.

El consenso cumple un papel fundamental en el proceso de formación y evolución del derecho internacional, como es de sobra manifiesto en el caso de cada uno de los diversos espacios comunes analizados. Se está incorporando rápidamente al cuerpo del derecho internacional un buen número de nuevos planteamientos e innovaciones conceptuales, en su mayor parte por medio de regímenes específicos, pero también ocasionalmente mediante la formulación de nuevas reglas básicas al nivel general del derecho, todo ello en la medida en que se haya alcanzado el consenso. Algunas sugerencias e intentos no han satisfecho este requisito fundamental y por consiguiente han fallado.

En este sentido puede preverse que el derecho internacional hará hincapié en políticas de conservación de los recursos oceánicos, de evolución cautelosa y pacífica de las actividades económicas en la Antártida, o de preservación del medio ambiente en general, promulgándose los reglamentos necesarios y creándose las instituciones para asegurar esas obligaciones fundamentales; puede preverse también que dicho proceso será aún más estricto en los planos regional, funcional y nacional. Empero, no puede suponerse que el derecho internacional vaya a favorecer un tipo de gobierno mundial marítimo, antártico o ecológico, sobre todo si ello entrañase la derogación de la soberanía o las expresiones esenciales de libertad y eficiencia económicas.

Estos mismos límites guiarán también las políticas relativas al acceso a los recursos, lo que ciertamente permitirá evitar su agotamiento pero del mismo modo impedirá iniciativas que apunten a la sujeción de los Estados, personas individuales y empresas a excesivas limitaciones económicas o políticas que han resultado ser desastrosas en experiencias nacionales e internacionales recientes. El derecho internacional, como los propios países, tratará efectivamente de equilibrar la libertad económica y la eficiencia con políticas sociales apropiadas. Allí se encuentra la esencia de la evolución que actualmente está en marcha.