

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional
Público

La aplicación del principio precautorio para la protección de
las ballenas

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Internacional Público

Autor:

Arlita Sophia Quincho Gamarra

Asesor:

José Manuel Pacheco Castillo

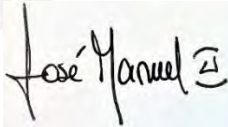
Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, José Manuel Pacheco Castillo, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado “La aplicación del principio precautorio para la protección de las ballenas” de la autora Arlita Sophia Quincho Gamarra, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 13/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 01 de marzo de 2023

<u>José Manuel Pacheco Castillo</u>	
DNI: 70378286	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-6367-2432	

RESUMEN

El presente artículo se basa en la viabilidad de la aplicación del principio precautorio en situaciones en las que las ballenas requieran o necesiten de una protección especial.

En este sentido, en las líneas siguientes se analizará la evolución y definición del derecho internacional del medio ambiente para desagregar a partir de su desarrollo: a) el concepto contemporáneo sobre el medio ambiente y b) el principio precautorio, entre los sendos principios que han surgido a partir de esta rama particular del derecho internacional.

Finalmente, con el fin de un mejor entendimiento sobre la relación entre el medio ambiente, las ballenas y el principio precautorio, se desarrollarán los matices teóricos sobre esta interconexión y también su aplicación a un caso práctico en concreto.

Palabras clave

Derecho Internacional del Medio Ambiente, régimen especial, principio precautorio, ballenas

ÍNDICE

Contenido

Introducción	4
Sección I: Definición del medio ambiente de acuerdo a las fuentes del DIP	6
I.1: Fuentes del derecho internacional público	6
I.2: Derecho Internacional del Medio Ambiente: evolución y concepto	8
Sección II: Sobre la aplicación del principio precautorio	12
II.1. Principio precautorio: origen y definición	12
II.2 Criterios para la aplicación del principio precautorio	22
Sección III: Relación existente entre las ballenas y el medio ambiente, para efectos de la aplicación del principio precautorio	23
III. 1. Relación existente entre las ballenas y el medio ambiente	23
III. 2. Aplicación el principio precautorio para la protección de las ballenas	30
Conclusiones finales	32
Referencias bibliográficas	33



Introducción

El principio precautorio, como propuesta del derecho internacional del medio ambiente, propone tomar acción de forma anterior a la ocurrencia de un potencial daño o amenaza.

Este criterio, no es ajeno a una situación cotidiana, pues es lógico que al tomar conocimiento sobre un potencial peligro que nos pueda afectar, optemos en función a criterio de protección para salvaguardar nuestra seguridad y salud.

No obstante, el derecho internacional del medio ambiente, ha desarrollado este criterio de modo tal que, a la fecha, se ha extrapolado como parte de los principios característicos de esta rama y, además, su conformación en el corpus iuris internacional del medio ambiente.

En virtud de esta evolución institucional, en el presente capítulo, nos centraremos en determinar la viabilidad de aplicar este principio en protección de las ballenas. Para ello, se propone la siguiente estructura.

La sección I, abordará la definición del medio ambiente en conformidad con las fuentes de derecho internacional público. Esta sección, se dividirá en dos partes. La primera, centrada en las fuentes de derecho internacional público, los instrumentos por medio de los cuales el derecho internacional nace, se modifica o extingue¹. La segunda, en relación a la evolución del derecho internacional medioambiente como rama del derecho internacional público y el concepto contemporáneo construido sobre este.

La sección II, abordará los matices sobre la aplicación del principio precautorio. Esta sección, se divide en dos partes. En la primera, relativa a los inicios y la definición del principio precautorio en conformidad con su evolución normativa, se presenta una línea argumentativa que, a su vez, se divide, en cuatro partes: (1) origen, (2) evolución, (3) estatus jurídico y (4) definición del principio precautorio. En la segunda, sobre los elementos característicos y criterios para la aplicación del principio precautorio, la línea argumentativa se dividirá en dos

¹Véase Díez de Velasco, M. (2007). Instituciones de derecho internacional público (16a. ed.). Tecnos. pág. 116.

partes: (1) los elementos del principio precautorio, (2) los criterios para la aplicación del principio precautorio.

La sección III, se destinará a identificar la relación existente entre el medio ambiente y las ballenas para efectos de poder aplicar el principio precautorio. Esta sección, se divide en dos partes. La primera, centrada en la relación existente entre el principio precautorio y el concepto de medio ambiente, con especial énfasis en las ballenas. Esta, a su vez, se subdivide en los siguientes puntos: a) la confirmación del concepto de medio ambiente de cara a su relación con las ballenas y b) los motivos por los cuales se puede incluir como parte de dicha definición a las ballenas. La segunda, enfocada confirmar la aplicación del principio precautorio en protección de las ballenas y, como muestra de ello, se propone su análisis en función a un ejemplo práctico.

Gracias al desarrollo de la estructura expuesta líneas arriba, en las líneas finales se pretende afirmar la viabilidad de aplicar el principio precautorio para la protección de las ballenas, así como otras conclusiones derivadas del principio precautorio y el derecho internacional del medio ambiente contemporáneo.

La aplicación del principio precautorio para la protección de las ballenas

Sección I: Definición del medio ambiente de acuerdo a las fuentes del DIP

I.1: Fuentes del derecho internacional público

El listado expositivo de las fuentes de derecho internacional público se presenta, en principio, en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ"). Según el cual son fuentes del derecho internacional: a) los tratados, b) la costumbre internacional, c) los principios generales de derecho internacional y, d) decisiones judiciales y doctrina².

Ahora, si bien el artículo expuesto es el referente normativo por excelencia en relación a las fuentes de derecho internacional, no se puede negar su desfase en función a la evolución del derecho internacional y, por ende, sus fuentes.

En ese sentido, es razonable que autores como Carrillo Salcedo (1994) señalen que el mencionado artículo 38 del Estatuto de la CIJ "se trataría de un catálogo muy incompleto ya que no recoge ni a los **actos unilaterales de los Estados**, que en determinadas condiciones pueden crear obligaciones jurídicas a cargo de los Estados, ni a los **actos de contenido normativo adoptados por órganos internacionales**" (el énfasis es propio) (como se citó en Novak y García Corrochano, 2016, p. 74)

Por lo tanto, la base normativa a tomar en cuenta para la regulación sobre el medio ambiente estará compuesta por los tratados, la costumbre, principios generales de derecho internacional, la jurisprudencia, la doctrina y, además, los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales.

En adición, aunque en el mundo jurídico es usual el establecimiento de una jerarquía entre normas para garantizar su coexistencia y aplicación, el derecho

² Véase el numeral 1, Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

internacional público rompe dicho esquema. Es así que, entre las fuentes de derecho internacional público, no existe un rango o jerarquía.

Esto último obedece a dos motivos principales. El primero, según Diez de Velasco (2007) se debe a que desde el Proyecto del artículo 38, no existió la voluntad de parte de los Estados, en ese entonces Estados negociantes, de otorgarle a una jerarquía a las fuentes recogidas en el mismo. El segundo, en virtud del primero, la doctrina mayoritaria se ha inclinado en favor de dicha postura: “la opinión comúnmente admitida es que, en la línea de principio [en referencia a la propuesta sobre la no jerarquía entre normas] las distintas fuentes tienen la misma fuerza jurídica y, por consiguiente, el mismo valor derogatorio recíproco” (Pastor, 2016, p. 168).

Por tanto, para efectos del análisis a realizarse en el siguiente subcapítulo, las fuentes de derecho internacional tienen el mismo valor jurídico pues para el derecho internacional no existe una jerarquía entre sus normas.³

En todo caso, ante la presencia de problemas normativos entre las mismas se resolvería con la aplicación de los “viejos principios de origen romano, que estipulan que la ley especial deroga a la general (*lex specialis derogat generalis*) y que la ley posterior deroga a la anterior (*lex posteriori derogat priori*)” (Novak y García Corrochano, 2016, p.78).

Como último punto, pero no menos importante, el *soft law* o “derecho blando” ha cobrado suma relevancia en el desarrollo del derecho y, sobre todo, en la evolución del derecho internacional del medio ambiente.

Virally (1983) lo considera como los cuerpos normativos que surgen a partir de la interacción de voluntades de representantes con el suficiente poder para comprometer a un Estado y que, a pesar de ello, carecen de efectos vinculantes (como se citó en Salmón, 2017, p. 123). En la actualidad, no

³ No podemos dejar de mencionar que las normas de *ius cogens*, tienen una consideración especial al respecto. Aunque, en la misma línea de lo planteado, ni siquiera estas tienen un rango superior, sino que ante su presencia, prevalecerán por su carácter imperativo que no permite un pacto en contrario.

podríamos limitarnos a considerar solo aquellos instrumentos derivados de voluntad estatal, sino también de otros sujetos de derecho internacional como, por ejemplo, son las organizaciones internacionales. Por su parte autores como Novak y García Corrochano, lo caracterizan como un derecho que “tiende a enriquecer progresivamente el Derecho Internacional” (2016, p. 479-480).

Tomando en cuenta ambas propuestas, es claro que la importancia del soft law para el derecho internacional no recae en el carácter mandatorio de sus disposiciones sino, en la contribución que aporta a la evolución institucional de este derecho y a la consolidación de su contenido en fuentes de derecho internacional.

I.2: Derecho Internacional del Medio Ambiente: evolución y concepto

El derecho internacional del medio ambiente o medioambiental es un ámbito que hasta hace no mucho se consideraba relativamente nuevo⁴. Esto se debe a que en sus inicios, no tenía una identidad propia en el ámbito internacional y se lo entendía como el derecho internacional general pero aplicado a materias ambientales.

Además, la diversidad de propuestas sobre su regulación, dificultó la construcción de un sentido unívoco para conceptualizarlo. No obstante, podemos resaltar la propuesta del profesor Prieur (1982) quien plantea que:

“El Derecho del Ambiente está constituido por un conjunto de reglas jurídicas relativas a la protección de la naturaleza y la lucha contra la polución. [...]debe poder ir en su ayuda, creando sistemas de prevención o de reparación adoptadas a una mejor defensa contra las agresiones de la sociedad moderna. [...] un derecho del futuro y anticipación, gracias al cual el hombre y la naturaleza encuentran una relación armoniosa y equilibrada” (el énfasis es propio) (como se citó en Vera, 1998, p. 39).

⁴ Este adjetivo no se utiliza en referencia de modo que se sugiera la existencia de un derecho internacional medioambiental “viejo”, sino enfatiza la reciente aparición de un posible nuevo régimen especial del derecho internacional.

A partir de ello, podemos afirmar lo siguiente sobre el derecho internacional medioambiental. Primero, es un derecho que requiere de una perspectiva de protección futurista, para actuar y reaccionar ante las necesidades de protección que con el paso del tiempo la naturaleza exija. Por ejemplo, la necesidad de la preservación de especies en peligro de extinción, sea por la depredación o el calentamiento global.

Segundo, esta propuesta vanguardista implica que se trata de un derecho cuya actuación no podrá ceñirse ni restringirse a las normas vigentes hasta el momento. Por el contrario, es una rama que debería pretender estar un paso más adelante de los criterios preestablecidos y, para así adecuarse o mejor dicho “adelantarse” a las necesidades que la relación entre el hombre y la naturaleza exijan⁵.

A partir de la extensa evolución y especialización del derecho internacional medioambiental, existen autores que lo califican como una rama autónoma del derecho internacional. En esa línea, Ambrosini sostiene su posición en base a tres elementos: a) la novedad orgánica de la materia, b) la especialidad de los principios generales que la gobiernan, y c) la complementariedad en sus aspectos público y privado (como se citó en Villa-García, 1986, p. 44).

No obstante, debemos tomar en cuenta que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) tiene postura determinante sobre los regímenes autónomos o “*self-contained regimes*”, debido a que estos proponen un aislamiento del resto del derecho internacional. De hecho, en respuesta a dicha propuesta, la CDI ha señalado que “it is suggested that the term “self-contained regime” be replaced by “especial regime”⁶.

Así, queda confirmado que, por más original y particular que pueda ser un determinado régimen, este no podrá desligarse de la relación inherente que poseerá con el derecho internacional general. Incluso bajo la lógica de la fragmentación del derecho resulta difícil de afirmar lo contrario, pues “por más

⁵ Otros autores, como Prigetti (1985) lo relacionan como un derecho de carácter social. Para mayor detalle, véase Vera, G. (1998). *Negociando nuestro futuro común: el derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio*. Fondo Editorial de Cultura, p. 44

⁶ Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Mr. Martti Koskenniemi, parr. 152, (e)

autonomía que goce cierto régimen, éste nunca se sale del sistema del derecho internacional” (Rodiles, 2009, 386).

Por un lado, es notable el rasgo de singularidad y originalidad que exige la regulación del derecho internacional del medio ambiente, sobre todo, en consideración de la perspectiva futurista sobre se parte. Por otro, este derecho ha desarrollado y establecido principios propios de la materia, como lo son el principio de igualdad, el principio de desarrollo sostenible, el principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios, entre otros. En tercer lugar, la evolución de este régimen se ha plasmado en la práctica de los sujetos de derecho internacional. Esta ha contribuido a su consolidación y construcción, así como, su adecuación a los derechos nacionales de los Estados.

En consecuencia, el derecho internacional medioambiental calza dentro de la definición de régimen especializado. Esto implica que, sin perjuicio de contar con una temática especializada, así como normativa propia y general que se aplique propiamente a materias relativas al ámbito del medio ambiente, este régimen no podrá ser ajeno al derecho internacional general.

Por si hubiera alguna duda, este derecho ha dado paso a la creación de una suerte de “subregímenes” de protección del medio ambiente derivados de este mismo. Estos destacan, de acuerdo a Borràs (2011) debido a que son sistemas que contribuyen a la organización y, por ende, un mejor cumplimiento del derecho internacional.

Por lo tanto, podemos afirmar que la evolución del derecho internacional del medio ambiente resalta por la construcción y formalización de nuevos cuerpos normativos de protección. Lo cual ha contribuido al fortalecimiento de la institucionalidad de este régimen especializado, la organicidad para su funcionamiento y, además, a la amplitud del margen de regulación de este, así como los bienes y sujetos que como parte del medio ambiente merecen una protección especializada.

Por mencionar algunos de ellos, tenemos a los siguientes: el Régimen sobre Biodiversidad, en base a la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992 y sus Protocolos; el Régimen de Cambio Climático, conformado por la

Convención Marco sobre Cambio Climático de 1992 y el Protocolo de Kioto de 1997; el Régimen de Protección de la Ballena, que incluye la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946(en adelante, “CIRCB”); entre muchos otros.

Esta lista enunciativa nos permite confirmar la expansión y evolución institucional del derecho internacional medioambiental; así como los ámbitos y sujetos de protección de este régimen.

Esto último, implica repensar el margen de protección del derecho internacional ambiental transformar una visión inicialmente de protección “antropocéntrica”, basada meramente en el ser humano⁷, hacia todo aquello que sea valioso para la humanidad pero también que haga posible la vida en el planeta tierra. En otras palabras, que tome en cuenta la inmensa lista de elementos que pueden ser parte del medio ambiente. Para darnos ciertas luces sobre dicha complejidad, recordemos lo señalado en el Preámbulo⁸ de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992:

*“Conscientes del **valor intrínseco de la diversidad biológica** y de los **valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes** [...] de la importancia de diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas **necesarios para la vida de la biósfera**”* (el énfasis es propio.)

Esta nueva propuesta, muestra lo que algunos señalan como un enfoque de protección holístico, que sostiene: “a recognition of the interdependence of humanity and the entire natural world” (Birnie y Boyle, 2001, p. 6).

Una visión de este tipo implicaría cambiar el enfoque de protección y, por consiguiente, pasar de una perspectiva protectora antropocéntrica hacia una que se base en el mundo natural que nos rodea.

⁷ Véase el párrafo 1 del preámbulo de la Conferencia de Estocolmo de 1972 y el Principio 1 de la Declaración de Río de 1992 sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. De ambos instrumentos se desprende que el objeto de protección unívoco es el ser humano.

⁸ Cabe señalar que, si bien el preámbulo no tiene contenido vinculante, posee suma relevancia como criterio de interpretación en relación a la voluntad de los Estados Parte de un tratado.

Un desarrollo más a fondo sobre el contenido del medio ambiente en la actualidad se detallará en el siguiente subcapítulo. Hasta entonces, podemos anticipar que en el presente artículo nos centraremos en el régimen de protección de las ballenas.

Sección II: Sobre la aplicación del principio precautorio

II.1. Principio precautorio: origen y definición

Como primer punto, los orígenes del principio precautorio, se remontan al del derecho alemán de los inicios del año setenta, en específico al término “Vorsorgeprinzip”. Este principio, de acuerdo con Hatchcock (2000) estableció que “environmental policy requires a cautionary approach and was introduced to provide a decision-making tool for environmental risk managers” (como en citó en Holdway, 2008, p. 39).

De este modo, podemos afirmar que el principio precautorio fue creado inicialmente con la finalidad de ser un factor limitante ante circunstancias que potencialmente puedan resultar riesgosas para el medio ambiente.

Este principio, fue precedido de una serie de criterios en torno a una práctica de cuidado relativa al principio precautorio. Unos cuyas ideas centrales, como señala Singh (2010) hoy formarían parte de la misma noción del principio precautorio. A modo de ejemplo, podemos mencionar a: la anticipación preventiva, la protección de espacios ecológicos y el pago de la deuda ecológica pasada, entre otros.

Como segundo punto, con respecto a la evolución del principio precautorio, se expondrá de forma secuencial la línea evolutiva que este principio ha tenido hasta la actualidad.

No obstante, los inicios del principio precautorio se derivan de un derecho nacional en específico, este se expandió desde las primeras propuestas

alemanas hacia su inclusión a lo largo del continente europeo para después conseguir una presencia universal.

Esto, probablemente se debe a su consideración en la Conferencia de Estocolmo de 1972, pues como algunos autores sobre dicho acontecimiento: “[it] was the starting point for the international of concepts into international law that previously were only used in national legislation” (Pinto, 2020, p. 3).

Los primeros rastros de la expansión de este principio hacia el ámbito internacional, se localizan en instrumentos de “soft law”. En ese sentido, estos primeros instrumentos jurídicos no poseen carácter vinculante.

Así, el primer instrumento internacional que regula la figura del principio precautorio es la Resolución 37/7 de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 28 de octubre de 1982. En la cual se establece que una serie de principios y consideraciones que toda actuación humana que pueda afectar la naturaleza debe seguir. Una de ellas, es la función de tomar precauciones especiales para prevenir la descarga de desechos radioactivos y tóxicos⁹.

Asimismo, en la Declaración de Londres de 1987 de la Segunda Conferencia Internacional del Mar del Norte sobre la Protección del Mar del Norte, se decreta la necesidad de aplicar un criterio de precaución para la protección de Mar del Norte ante los posibles efectos nocivos de sustancias peligrosas¹⁰.

Ahora, sin perjuicio de que dichas disposiciones carecen de obligatoriedad, la importancia de la consideración del principio o criterio precautorio en instrumentos de soft law yace en que la reiterada regulación en estos contribuyó a su posterior inclusión en otros instrumentos de carácter vinculante. En otras palabras, el reconocimiento del principio precautorio en el soft law,

⁹ Para mayor detalle, véase: <http://www.un-documents.net/a37r7.htm>.

¹⁰ Para mayor detalle, véase el Punto VII de la Declaración de Londres de 1987.- “VII. Accepting that, in order to protect the North Sea from possibly damaging effects of the most dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence”:

logró la inclusión de este mismo en instrumentos de hard law.¹¹ Quizá la mejor muestra de ello, es el impacto del principio precautorio a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

A partir de esa fecha, podemos sostener dos afirmaciones. La primera, es que de acuerdo a la doctrina mayoritaria estamos hablando de un principio ampliamente reconocido por los Estados y; la segunda, se confirma la expansión de la regulación del principio precautorio hacia normas convencionales. Por mencionar algunas de ellas, están: la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992 y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, dos tratados que se celebran en virtud de dicha cumbre e incluyen al referido principio.

Incluso, con anterioridad al año 1992 se suscribieron la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 y el Protocolo de Montreal de 1987. Dos tratados en los cuales los Estados parte se comprometen a tomar medidas de precaución necesarias para la protección de la capa de ozono. De este modo, se confirma el efecto cristalizador que tuvo el soft law en la consolidación del principio precautorio en tratados.

En adición, entre los tratados que incluyen a este principio luego de 1992, se encuentran: el Protocolo de la Convención de 1979 sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a gran distancia sobre una mayor reducción de las emisiones de azufre de 1994, el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención relativas a la Conservación y Ordenación de Poblaciones de Peces Transzonales y Poblaciones de Peces Altamente Migratorios de 1995, Protocolo de Londres del Convenio de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias de 1996, Protocolo de Cartagena de Bioseguridad del 2000, el

¹¹ Entiéndase el hard law como aquellos instrumentos (tratados) que en palabras de Weils (1992) deben su contenido puro y duro a la firma, ratificación y entrada en vigor de dicho instrumento. Weil, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité, Cours Général de Droit International Public, en Recueil des Cours de l'Académie de Droit International. Leiden: Martinus Nijhoff, 1992, volumen VI, tomo 237, pp. 215 – 216.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe del 2018.

En la actualidad podemos confirmar el amplio reconocimiento del principio precautorio en instrumentos de soft law y hard law. Este reconocimiento tiene una importancia trascendental en el siguiente punto a tratar.

Como tercer punto, sobre el estatuto jurídico del principio precautorio, podemos señalar que, a pesar del amplio reconocimiento convencional del principio precautorio, su calificación jurídica aún es controversial.

Autores como Pinto afirman que “some countries avoid using the term “principle”, preferring to call it “precautionary approach” since it carries legal weight” (2020, p. 2). En atención a ello, se inclinan por calificarlo como un mero enfoque de precaución.

Otros, optan por su regulación como “principio”, aunque esto no necesariamente implique su consideración como un principio general de derecho internacional. Por otro lado, hay una postura doctrinal que reconoce su desarrollo a lo largo de sendos instrumentos internacionales que indicarían su camino o incluso consolidación como un principio general de derecho internacional o norma consuetudinaria.

No obstante, dicho debate institucional es merecedor de una investigación especializada, es inevitable no pronunciarse sobre él. Para ello, nos centraremos en dos subtemas: 1) el estatuto jurídico del principio precautorio y 2) la implicancia de calificarlo como una fuente de derecho internacional.

Con respecto al primero de ellos, tengamos en claro una cuestión preliminar. Por cuestiones de tiempo y espacio, el presente artículo no nos permite ahondar en la práctica de todos los Estados o sujetos de la comunidad internacional sobre el principio precautorio. Por este motivo, se tomará como

referencia la de aquellos representantes de la comunidad internacional con mayor influencia o “peso”¹² en esta.

Como punto de partida, la experiencia regional europea demuestra no solo el reconocimiento del principio precautorio, sino también la promoción de su extensión hacia todo ámbito que presente incertidumbre científica sobre la afectación al medio ambiente. Ello se refleja en el Artículo 174, numeral 2 del Tratado de Maastricht:

“2. Community policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community. It shall be based on the precautionary principle [...]” (el énfasis es propio).

En consecuencia, los Estados Parte de la comunidad europea deberán adecuar sus políticas nacionales medioambientales con la idea de garantizar el mayor de nivel de protección posible en base al principio precautorio.

Adicionalmente, la jurisprudencia europea también ha contribuido en el desarrollo del principio por medio del asunto *Artegodan*, en el cual la Corte Europea de Primera Instancia establece que el principio precautorio tiene tal consagración en el derecho en el ámbito ambiental que de conformidad con el Artículo 174 del Tratado de Maastricht, tiene un carácter mandatorio para la comunidad europea¹³.

Siendo ello así, es claro que el principio precautorio tiene un carácter vinculante para el derecho comunitario europeo. En definitiva, se presentan argumentos consistentes para las posturas que apuntan hacia la consideración del principio como parte del derecho consuetudinario, por lo menos en este caso, de carácter regional.

¹² En relación a lo señalado por Waltz (1979) aquellos actores – en este caso Estados – con mayor peso se caracterizan por ser quienes tienen el poder suficiente para definir la estructura del sistema internacional (como se citó en Del Arrenal, 2002, p. 379)

¹³ Para mayor detalle, véase: Asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00. Corte Europea de Primera Instancia, 26 de noviembre de 2022, parr. 182.

En ese sentido, el valor jurídico que la comunidad europea le otorgado al principio precautorio es considerablemente mayor debido a que : **“Community case law has not only managed to extend the scope of application of the precautionary principle to all policies involving scientific uncertainty, but has also introduced extremely useful clarifications on the application of the principle [...]”** (el énfasis es propio) (Sadeleer, 2007, p. 11).

Ante lo planteado, el contexto regional europeo resalta por su regulación del principio precautorio debido a dos motivos principales. El primero, en relación a los fuertes indicios que apoyarían la consolidación de una norma consuetudinaria y; el segundo, el rol de su jurisprudencia, pues ha entendido y desarrollado a fondo su ámbito de aplicación.

En el caso del Estado ruso, aunque existe resistencia para aceptar una regulación del principio precautorio como un “principio”, este se encuentra presente en su normativa a modo de “enfoque de precaución”. Prueba de ello, es la ratificación al Acuerdo de las Naciones Unidas para la Implementación de las Provisiones de la Convención de Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982¹⁴, en cuyo artículo 6, numeral 1, se establece que:

*“1. Los **Estados aplicarán ampliamente el criterio de precaución** a la conservación, ordenación y explotación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios **a fin de proteger los recursos marinos vivos y preservar el medio marino.** [...]”*(el énfasis es propio).

Con respecto a este tratado, podemos resaltar además que tanto Rusia como Estados Unidos son Estados Parte.

Por su parte, Estados Unidos presenta una regulación del principio precautorio enfocada en normas relativas a la protección ante sustancias tóxicas. Así, el Anexo V del Protocolo de Aarhus sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes del Convenio sobre la Contaminación atmosférica transfronteriza a largo plazo, establece que uno de los factores que merecen mayor consideración al

¹⁴ Ratificado por el estado ruso el 12 de marzo de 1997.

momento de analizar las mejores técnicas disponibles es el principio precautorio¹⁵.

Es decir, en el contexto estadounidense, una de las bases para la toma de decisiones sobre las mejores técnicas disponibles que permitan el cumplimiento de las obligaciones del referido tratado, es el principio precautorio.

Por lo tanto, la regulación y el reconocimiento del principio precautorio - sea a modo de enfoque o como principio propiamente - está presente en los exponentes más relevantes y con mayor peso de la comunidad internacional.

Con respecto al segundo punto, sobre las implicancias de calificar al principio precautorio como un principio general de derecho internacional o una norma consuetudinaria de derecho internacional.

Sobre este aspecto en particular, es preciso recordar lo señalado por Honneland: “*while the **precautionary principle** is associated with the **hard line regimen proposed for the management of highly polluting activities**, the **precautionary approach** refers to **practical ways and sets of measures which are precautionary in nature**” (el énfasis es propio) (2004, p. 14).*

En ese sentido, el peso jurídico de considerarlo como un principio general de derecho internacional o norma consuetudinaria¹⁶, implica su inclusión como una fuente de derecho internacional y, además, el otorgamiento de un carácter vinculante sobre la variedad de sujetos de derecho internacional sin necesidad de exigir su consentimiento. Mientras que, el reducirlo a un mero “enfoque”, se limitaría a indicar de forma enunciativa las prácticas deseadas a partir de un criterio de precaución.

¹⁵ Véase el numeral 2 del Punto I del Anexo V, del Protocolo de Aarhus

¹⁶ Recordemos que en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, se reconoce a ambos como fuentes de derecho internacional público.

Los principios generales de derecho internacional resaltan entre otras fuentes por el valor axiológico que en ellos se recoge. En esa línea, Plagiari añade que estos “expresan los valores aceptados por la comunidad internacional en su conjunto informando las distintas estructuras jurídicas que hoy integran el derecho internacional” (2013, p. 29).

Además, en la Opinión Consultiva sobre Reservas de La Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, la CIJ señaló su carácter vinculante sin necesidad de una obligación convencional de por medio¹⁷.

En efecto, hoy en día es ampliamente reconocido el valor jurídico que los principios generales del derecho internacional poseen en su calidad de fuente de derecho internacional público.

Al respecto, Miaja (1960), hace referencia a la relación existente entre la positivización de los principios y la costumbre jurídica, de modo tal que, esta última contribuye a la consolidación de los primeros (como se citó en Díez de Velasco, 2007).

Ello resulta importante si consideramos que el principio precautorio - como se expuso en líneas anteriores - ha sido recogido en sendos instrumentos internacionales (de soft law y hard law) que podrían haber contribuido o estar contribuyendo(más) hacia su positivización y, además, su consideración como parte de la costumbre internacional.

Precisamente esta última, es la segunda tendencia de calificación del principio precautorio: como norma consuetudinaria de derecho internacional.

Sobre la definición de costumbre internacional se pueden distinguir dos elementos. Pastor (2016) propone, por un lado, el elemento material o uso constante y uniforme, de una parte, y, por otro, el elemento espiritual u opinión irrisoria, o convicción de la obligatoriedad jurídica de la práctica.

¹⁷ Opinión Consultiva sobre Reservas de La Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, Corte Internacional de Justicia, 28 de mayo de 1951, pag. 12

A partir de la práctica expuesta anteriormente, podríamos, por lo menos, confirmar una práctica constante que ha tendido a reconocer, regular y extender el contenido esencial del principio precautorio. Y, aunque por lo visto esta no ha sido del todo idéntica, es necesario considerar que en el Asunto relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, la CIJ estableció que

“in order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules.”¹⁸ (el énfasis es propio). Es decir, para la configuración del elemento objetivo de la costumbre, bastará con que la práctica recurrente sea coherente con las reglas de las que parte.

Por consiguiente, podemos afirmar que la conducta de los Estados ha sido consistente y similar a la esencia del principio precautorio. Aunque, el elemento subjetivo, implicaría un reto adicional por probar, pues aún en el supuesto de que se cumpla con el primer elemento, se tendrá que fundamentar que los Estados fueron consistentes con la regulación y aplicación del principio precautorio debido a una conciencia de obligatoriedad sobre este mismo.¹⁹

En definitiva, a la par de la controvertida calificación del principio precautorio como una fuente de derecho internacional, están los múltiples tratados y actos unilaterales de los Estados, que lo encaminan hacia su consideración como por lo menos una norma consuetudinaria de carácter regional en la comunidad europea.

Como cuarto y último punto, sobre la definición del principio precautorio, es menester señalar que un primer reto es su concretización. Esto probablemente se debe a la diversidad de normas e instrumentos internacionales que lo regulan o, también, que, a pesar de su reiterada regulación, estos instrumentos no necesariamente lo definen. Al respecto, Vera concuerda (1994) debida a la

¹⁸ Asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Corte Internacional de Justicia, 27 de junio de 1986, parr. 186.

¹⁹ El tema planteado es merecedor de una investigación especializada.

diversidad de apelativos que le ha asignado la doctrina e instrumentos internacionales.

Sin perjuicio de ello, un gran sector doctrinal concuerda en que es posible la identificación de elementos comunes de este mismo sobre los cuales se puede esbozar una definición. Así, existe un amplio consenso sobre la definición establecida en el principio 15 de la Declaración de Río de 1992:

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

A partir de dicho instrumento, identificamos una propuesta que exige una actuación anticipada – certeza o amenaza sobre una situación de peligro – con la finalidad de proteger al medio ambiente. En particular, esta propuesta que no admite que la falta de certeza sobre un peligro al medio ambiente limite o impide su actuación.

En la misma línea, Singh sostiene que “[the principle] calls for preventive, anticipatory measures to be taken when an activity raises threats of harm to the environment, wildlife, or human health, even if some cause-and-effect relationships are not fully established” (el énfasis es propio) (2010, p. 468).

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el concepto del principio precautorio se basa es una actuación anterior a la ocurrencia de situaciones que por el motivo que fuese y aunque no existiera certeza sobre estas, puedan poner en peligro al medio ambiente.

Precisamente por este motivo, Freestone y Hey (1996) inciden en que el rango distintivo de dicho principio reside es la forma y momento que propone para actuar (Como se citó en Honneland, 2004, p.9).

II.2 Criterios para la aplicación del principio precautorio

En primer lugar, con respecto a los elementos característicos del principio precautorio, procederemos a identificarlos, con la minuciosidad que estos exigen. Pues, de dichos elementos podrán derivarse, como señalan Coney y Dickson (2005), diversas interpretaciones y, por ende, formas de respuesta en aplicación del principio (como se citó en Holdway, 2008, p. 41)

Por este motivo, el análisis de cada elemento es de suma importancia debido a que, en función a su identificación, se podrá conseguir una aplicación y ejecución consistente a la esencia del principio precautorio o no.

Por un lado, algunos autores se centran en la identificación de elementos como el nivel de amenaza, el nivel de evidencia, la gama de acciones a tomar y el nivel de fuerza con el cual el principio ha de aplicarse.

Por otro lado, autores como Singh (2010) optan por enfoque centrado en aspectos más particulares como lo son la opción de mecanismos de precaución aun cuando la relación causa efecto entre el daño y la acción no sea certera, el cambio de la carga de la prueba, confiar en un enfoque de ponderación de la evidencia en lugar de esperar la certeza absoluta.

Sobre esta última postura, podemos destacar algunos aspectos. Por un lado, la inversión de la prueba - quizá uno de los elementos más destacados – que exige que aquel sujeto, sea individuo o entidad, que proponga la potencial actividad riesgosa, sea quien tenga que probar que esta no es dañina.

Por otro lado, en relación a la certeza sobre la relación entre la acción riesgosa y el daño, es importante diferenciar el principio precautorio del principio preventivo²⁰, el cual se aplica para situaciones de incertidumbre o ignorancia. En otras palabras, ante circunstancias sobre las cuales no se pueden asignar siquiera probabilidades de ocurrencia, por lo cual el estándar para su aplicación

²⁰ Es aquel principio cuyo ámbito de aplicación es ante situaciones de riesgo, en las cuales puede existir un valor de probabilidad sobre la ocurrencia de estas.

deberá tener en cuenta que no es posible tener certeza sobre las amenazas o daños a ocasionar en detrimento del medio ambiente.

En ese sentido, es lógico que Andorno (2004) señale que la falta de diferenciación entre estos dos principios ha sido la causa de muchos de los malentendidos en relación al principio precautorio (como se citó en Holdway, 2008, p. 42).

Ahora bien, para efectos de analizar los supuestos de aplicación del principio precautorio, se considerarán los siguientes criterios a cumplir. De acuerdo a lo sostenido por Pinto (2022), tenemos: primero, la necesidad de la protección del medio ambiente; segundo, la presencia de una amenaza o riesgo de daño severo y; tercero, que la falta de certeza científica no deba de ser usada para evadir una acción para prevenir el riesgo referido.

Estos no solo deberán de aplicarse en consideración de los elementos característicos previamente expuestos, sino también en respeto y lealtad a la esencia misma del principio precautorio proveniente de su definición: la protección del medio ambiente a toda costa.

Sección III: Relación existente entre las ballenas y el medio ambiente, para efectos de la aplicación del principio precautorio

III. 1. Relación existente entre las ballenas y el medio ambiente

En primer lugar, sobre el concepto de medio ambiente, es razonable que los intentos por definirlo sigan la misma suerte que la definición de derecho internacional medioambiental. De hecho, su dificultad se podría basar, como indican Birnie y Boyle (2002), en el intento de definir un término ambiguo que puede ser conformado por una amplia gama de elementos, desde la biósfera hasta los organismos más pequeños.

Aunque es válido dicho planteamiento, el concepto de medio ambiente no debería ser más un término ambiguo. Esto debido a la evolución organizacional e institucional del derecho internacional medioambiental y, junto con ello, el

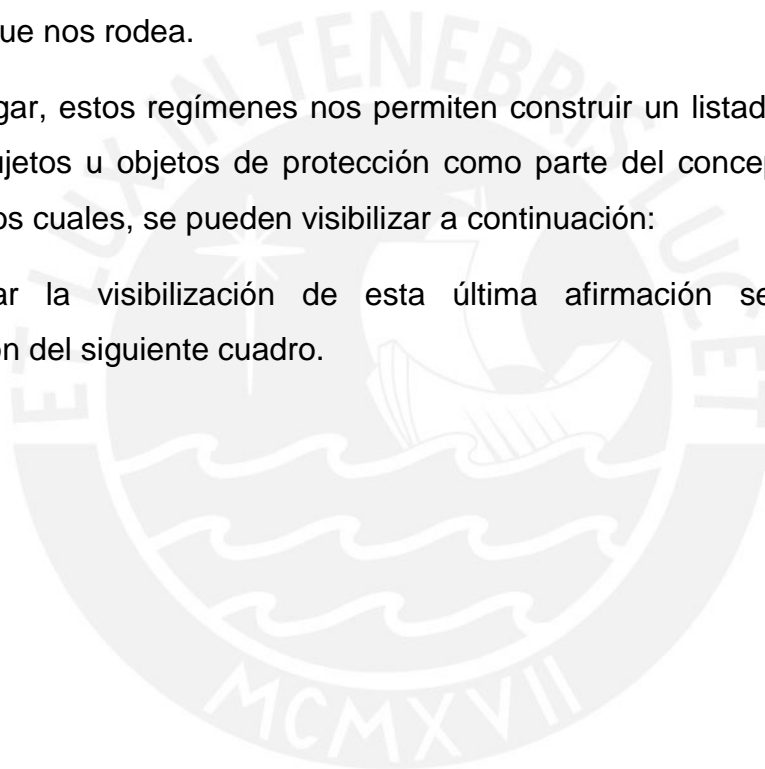
empoderamiento de visión ecocéntrica²¹ de este régimen. Gracias a ello, podemos afirmar lo siguiente.

En primer lugar, la perspectiva del derecho internacional medioambiental ha quedado desfasada y, por ende, el concepto de medio ambiente, no podría limitarse a aquellos objetos y sujetos de protección que puedan calificar como “valiosos” para el ser humano

En segundo lugar, el mayor respaldo de la perspectiva ecocéntrica es la creación de “subregímenes” internacionales de protección del medio ambiente. Los cuales, en efecto, no se centran en intereses del ser humano, sino en la naturaleza que nos rodea.

En tercer lugar, estos regímenes nos permiten construir un listado enunciativo sobre los sujetos u objetos de protección como parte del concepto de medio ambiente. Los cuales, se pueden visibilizar a continuación:

Para facilitar la visibilización de esta última afirmación se sugiere la consideración del siguiente cuadro.



²¹ Es la perspectiva propuesta en el presente artículo

Régimen de protección ambiental	Instrumentos normativos	Sujetos u objetos de protección
Régimen de Protección de Ballenas	Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946	Poblaciones de Ballenas
Régimen de la Antártida	Tratado Antártico de 1959 y Protocolos	Continente Antártico
Régimen Ramsar	Convención relativa a los Humedales de importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas de 1971	Humedales, como hábitat
Régimen Cites	Convención de Washington de 1973	Especímenes de fauna y flores silvestres
Régimen de Protección del Mar Mediterráneo	Convenio de Barcelona para la Protección del Mar Mediterráneo de la Contaminación de 1976	Mar mediterráneo y los recursos naturales que se derivan de este (marinos y terrestres)
Régimen de Ginebra	Convenio de Ginebra sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a gran distancia de 1979 y Protocolos Adicionales	Atmósfera
Régimen de Basilea	Convenio de Basilea sobre el Control de Movimiento Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación de 1989	Salud humana en relación al medio ambiente
Régimen de Protección de la Capa de Ozono	Convenio para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 y el Protocolo de Montreal	Capa de Ozono
Régimen de Cambio Climático	Convención Marco sobre Cambio Climático de 1992 y el Protocolo de Kyoto	Clima
Régimen de la Biodiversidad	Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992 y sus Protocolos	Diversidad biológica

Fuente: elaboración propia de la autora

A partir de lo presentado, el medio ambiente – por lo menos hasta el momento - estaría conformado por la fauna, flora, paisajes, ecosistemas terrestres y marinos, mares, áreas terrestres, la atmósfera (dentro de ella la Capa de

Ozono), los climas y, la diversidad ²²que se puede derivar de todos los anteriores.

En consecuencia, el medio ambiente será el conjunto de los elementos previamente mencionados, cuya interacción e interrelación hace posible las condiciones y el estilo de vida que conocemos en la Tierra.

A futuro, la evolución y maleabilidad de este concepto, requerirá de la contribución de otras áreas ajenas al derecho pues de hecho, como señala MacDonald (2003) este fue posible gracias a otras áreas profesionales.

Esta última idea, nos recuerda la necesidad del contraste de ideas tanto para la atención de necesidades ambientales como para la contribución a la evolución de este régimen especializado.

Por otro lado, en relación a los motivos que nos llevan a puede incluir como parte de dicha definición a las ballenas, es pertinente enfatizar en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección del medio ambiente.

Al respecto, Viñuales (2008) indica que podemos identificar dos tendencias u “olas” jurisprudenciales. De esta manera, la primera ola, se centra en confirmar uno de los principales principios del derecho internacional medioambiental: la obligación estatal de no permitir que su territorio sea utilizado de forma que afecte los derechos de otros (Estados). Para ello, es pertinente traer a colación los siguientes casos.

Por un lado, el Asunto del Canal de Corfú, se establece que uno de los principales y mejor reconocidos principios es la obligación de que el territorio de un Estado no sea utilizado en afectación de otros Estados²³.

Este principio obtiene aún más respaldo cuando fue regulado en la Declaración de Estocolmo de 1972, en cuyo artículo 21 se señala dos aspectos relevantes. Primero, el derecho soberano que tienen los Estados de explotar sus propios

²² Cabe mencionar que de acuerdo al Artículo 2 de la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, la diversidad biológica se entiende como la “variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

²³ Corte Internacional de Justicia. Asunto del Canal de Corfú (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania). Juicio del 9 de abril de 1949, pag. 22.

recursos y, segundo, que dicho derecho tiene que ir de la mano con la responsabilidad de no causar daños en áreas fuera de su jurisdicción; ambas disposiciones, en conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los principios de derecho internacional.

Por su parte, sobre la segunda ola, podemos resaltar aspectos como la confirmación del punto señalado sobre la primera, pero, sobre todo, el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones específicos como parte del derecho consuetudinario internacional.

Para ello, es necesario traer a colación lo señalado por la CIJ en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares, en la cual:

“The Court also recognize that the environment is not and abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation and control respect the environmental of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of the international law relating to the environment”²⁴(el énfasis es propio).

Por medio de este pronunciamiento este tribunal reconoce que la obligación de proteger a todo espacio que represente vida es parte del corpus iuris internacional relativo al medio ambiente.

En ese sentido, compartimos esta última afirmación, pues, aunque no se especifica una obligación en relación al principio precautorio, se estipula que por los menos algunas de las disposiciones del derecho internacional medioambiental forman parte del corpus iuris internacional general.

Esto último se refuerza por lo sostenido por la CIJ en el Proyecto Gabcikovo Nagymaros, en el cual esta corte hizo referencia a este principio como parte de las nuevas normas desarrolladas en materia ambiental²⁵.

²⁴ Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, parr. 29.

²⁵ Corte Internacional de Justicia. Proyecto Gabcikovo Nagymaros (Hungría/ Slovakia). Juicio del 25 de setiembre de 1997, parr. 112

Asimismo, aunque hasta el momento la CIJ no se ha pronunciado como tal sobre el principio precautorio y, mucho menos contribuido de forma directa a dotar de contenido a este mismo, sus magistrados han tenido iniciativas que han hecho la diferencia. Uno de ellos, es el Juez Weeramantry, quien por medio de sendas opiniones disidentes, se ha pronunciado sobre el principio precautorio.

Por mencionar algunas de ellas, en la Solicitud de Examen de la Situación de conformidad con el Párrafo 63 de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los Ensayos Nucleares, Weeranmatry sostuvo que el principio precautorio, en efecto, ha conseguido un gran apoyo de parte de la comunidad internacional.²⁶

Asimismo, en el Asunto sobre Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares, este magistrado señaló que entre los principios que se han desarrollado en el derecho internacional del medio ambiente y conformado el derecho internacional consuetudinario, está el principio precautorio.²⁷

En ese sentido, ya para el 1996, existían motivos para: a) concretizar ciertos principios propios del derecho internacional medioambiental y b) sostener que estos forman parte del derecho internacional consuetudinario.

En la misma línea, en el Asunto Caza de Ballenas, el juez Cancado Trindade, ha señalado que aunque algunos los tribunales internacionales, entre ellos la CIJ, no se han decidido considerar el principio precautorio, su aplicación por medio de expertos cada vez más frecuente muestra luces sobre la necesidad de tomarlo en cuenta²⁸.

De conformidad con esta evolución conceptual, para efectos del presente artículo, enfatizaremos en uno de los regímenes de protección emanados del derecho internacional medioambiental: el Régimen de Protección de la Ballena.

²⁶ Solicitud de Examen de la Situación de conformidad con el Párrafo 63 de la Corte de 20 de diciembre de 1974 en los Ensayos Nucleares, Corte Internacional de Justicia, 22 de setiembre de 1995, pag. 58.

²⁷ Weeramantry, Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares, Opinión Disidente del 8 de julio de 1996, at 502 to 504.

²⁸ Asunto Caza de Ballenas (Australia v. Japón: con intervención de Nueva Zelanda), Corte Internacional de Justicia, 31 de marzo de 2014, parr. 71.

Este surgió debido a la preocupación mundial sobre la población de ballenas ocasionada por el desarrollo de la industria de caza de estos cetáceos; que por cierto hasta el año 1931 se mantuvo deliberada y sin regulación alguna²⁹.

Es decir, siguiendo la lógica del derecho internacional medioambiental inicialmente planteada, este régimen del derecho internacional medioambiental, apareció ante la necesidad de protección de los mencionados cetáceos.

La CIRCB, cuerpo normativo base de dicho régimen, es un tratado que consolida dos intereses: la preservación de la industria ballenera y la conservación de las poblaciones de ballenas, éste último, ha tenido un mayor avance debido a la moratoria a la caza comercial de ballenas establecida por la Comisión Internacional de Caza de Ballenas³⁰ en 1982.

Por medio de este régimen y los instrumentos jurídicos que lo sostienen, podemos confirmar que tanto los cetáceos objeto de protección de dicho régimen, así como la fauna marina en general forman parte del medio ambiente.

Por lo expuesto, podemos concluir lo siguiente en relación con la evolución de la definición de medioambiente y su relación con las ballenas.

Primero, el concepto de derecho internacional medioambiental ha pasado de ser un derecho futurista que buscaba la protección del medio ambiente en abstracto para convertirse en un régimen especializado que protege en concreto, tomando en cuenta las necesidades surgidas para la protección del medio ambiente. De este modo, ha construido principios, así como obligaciones y derechos específicos de cara a dicha finalidad.

Segundo, que los sujetos y objetos de protección del derecho internacional medioambiental, no solo se limitan a considerar a los elementos que se relacionen de forma directa con las necesidades del ser humano, sino todo aquel que conforme y haga posible la propia existencia del medio ambiente y su diversidad.

²⁹ Los primeros intentos para regular la actividad se dieron con el Convenio de Ginebra para la Regulación de la Pesca de Ballena de 1931 y el Acuerdo para la Regulación de la Caza de Ballena de 1937.

³⁰ Órgano principal y ejecutor de la CIRCB.

Como consecuencia de esto último, las ballenas como parte de la fauna marina son parte integral del medio ambiental. Muestra de ello es el régimen especializado que en virtud del derecho medioambiental se construyó para su protección específica.

III. 2. Aplicación el principio precautorio para la protección de las ballenas

Para efectos de confirmar la viabilidad de la aplicación del principio precautorio para la protección de ballenas, tomaremos como referencia datos reales basados en el Asunto Caza de Ballenas (Australia v. Japón, con intervención de Nueva Zelanda) ante la CIJ.

Por exponer de forma muy concisa los hechos relevantes. El Estado de Japón brindó la autorización a la segunda fase de un programa de caza denominado "JARPA II" para que este pueda efectuar caza ballenas. Ello a pesar de la prohibición general de caza comercial establecida por la Comisión Ballenera Internacional (en adelante, la "Comisión") en 1982.

Sin perjuicio de lo anterior, la postura japonesa se basó en que el JARPA II cumplía con el requisito esencial que exige dicha Convención para realizar caza comercial de forma excepcional: la finalidad de investigación científica

Sin embargo, los demás Estados Parte de la CIRCB, empezaron a notar que la magnitud de ballenas cazadas por medio de dicho programa no solo había aumentado de forma exuberante, sino que iba en contra de los estándares de protección regulados por dicho régimen; por ejemplo, en contra de poblaciones de estos cetáceos que gozaban de especial protección, por ejemplo, grupos de especímenes reproductoras.

En consecuencia, los Estados promovieron que la Comisión³¹, emitiese dos resoluciones 2005-1 y 2007-1, en las cuales se expresa la intensidad de la potencial afectación a la población de ballenas. Para ser concretos con respecto a las cifras de dicho impacto, en la última de estas resoluciones se estableció que por medio del programa JARPA II:

³¹ Órgano responsable de llevar a cabo las gestiones, la revisión y monitoreo de las disposiciones de la CIRCB.

“la captura de ballenas minke se ha más que duplicado, y las ballenas de aleta y las ballenas jorobadas se han agregado a la lista de especies objetivo.

PREOCUPADOS de que las ballenas de aleta en el hemisferio sur estén actualmente clasificadas como en peligro de extinción, y que las ballenas jorobadas en el área de investigación JARPA II puedan incluir ejemplares de poblaciones reproductoras [...]” ³²(el énfasis es propio).

A partir de este caso en concreto, se analizará a continuación el cumplimiento de los criterios requeridos para la aplicación del principio precautorio.

En primer lugar, sobre la necesidad de protección del medio ambiente, la caza de forma contraria a los estándares establecidos por la CIRCB, no solo afecta a la población de estos cetáceos sino también a la preservación de la especie. Por tanto, se activa una necesidad de protección de la misma.

En segundo lugar, sobre la presencia de una amenaza o riesgo de daño severo, es evidente que el impacto de un volumen de caza desproporcionado e indiscriminado como el expuesto, ocasionará efectos nocivos para la población de ballenas. Por tanto, debido a que se trata de circunstancias que tienen una muy alta probabilidad de afectación a esta especie, también se cumple con el segundo criterio.

En tercer lugar, incluso aunque no se cuente con datos exactos ni certeros sobre el impacto, los estudios científicos presentados por el Estado australiano sostienen que es científicamente imposible que no ocasione un impacto sustancialmente negativo a la población de ballenas. Esto, bastará para la aplicación del principio precautorio pues no se requiere certeza científica.

En consecuencia, se configuran los tres criterios exigidos: a) una necesidad de proteger a esta especie, b) la presencia de una amenaza a la población de ballenas, c) falta de certeza científica, mas no como excusa para la inacción.

Finalmente, sin perjuicio de la viabilidad de su aplicación, debemos señalar que en tanto el principio precautorio no se consolide o bien como un principio

³² La traducción es propia de la autora.

general de derecho internacional o una norma consuetudinaria, la efectividad del mismo dependerá de las normas convencionales que lo recogen. En otras palabras, su aplicación actual depende meramente del consentimiento estatal.

Conclusiones finales

En virtud de lo anteriormente expuesto, un análisis como el realizado sobre el principio precautorio, nos permite concluir lo siguiente.

En primer lugar, el derecho internacional del medio ambiente, es a la fecha un régimen especial internacional que, a su vez, ha dado pie a la formación de normativa, principios e incluso regímenes propios en materia medioambiental.

En segundo lugar, la calificación del derecho internacional medioambiental como un régimen especializado, ha implicado su evolución institucional, por medio de la creación de nuevos principios y normativa especializada y, además, una expansión de los bienes jurídicos destinados a su protección.

En tercer lugar, en virtud del desarrollo del derecho internacional medioambiental, el concepto de medio ambiente contemporáneo incluye todo elemento que, como parte de la naturaleza de nuestro planeta, haga posible el estilo de vida como lo conocemos. Esto implica incluir, desde la fauna y flora, hasta los aspectos más particulares relacionados a la diversidad de los ecosistemas y organismos vivos.

Finalmente, en vista que las ballenas conforman parte de la fauna, es posible aplicar el principio precautorio siempre que se presenten los elementos para su configuración y, además, exista una obligación convencional de realizarlo; o, en el mejor de los casos, se establezca su obligatoriedad, en virtud de su consolidación como una costumbre internacional o un principio general del derecho internacional.

Referencias bibliográficas

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (2013). Cuaderno de Derecho Internacional, Los Principios Generales del Derecho Internacional Público: Realidades y Perspectivas. Advocatus.

Andaluz Westreicher, C. (2002). Derecho ambiental: El principio precautorio. Foro Jurídico, 1, 143-147. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18274>.

Anton, D. y Shelton, D. (2001). Environmental protection and human rights. Cambridge University Press.

Banco Interamericano de Desarrollo. (1993). Derecho ambiental internacional.

Bandopadhyay, S. (2014). AN OTHER HISTORY OF KNOWLEDGE AND DECISION IN PRECAUTIONARY APPROACHES TO SUSTAINABILITY. Fordham Environmental Law Review, 25(3), 552–624. <http://www.jstor.org/stable/26195859>.

Birnie P. W. & Boyle A. E. (2002). *International law and the environment* (2nd ed.). Oxford University Press.

Borràs Pentinat Susana. (2011). Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente. Tirant lo Blanch.

Boyd D. R. (2012). *The environmental rights revolution: a global study of constitutions human rights and the environment*. UBC Press.

Cairns, J. (2003). Interrelationships between the Precautionary Principle, Prediction Strategies, and Sustainable Use of the Planet. Environmental Health Perspectives, 111(7), 877–880. <http://www.jstor.org/stable/3435158>.

Carter, J. A., y Peterson, M. (2015). On the Epistemology of the Precautionary Principle. Erkenntnis (1975-), 80(1), 1–13. <http://www.jstor.org/stable/24734972>.

- Casanovas y la Rosa O. & Rodrigo Hernández Ángel J. (2016). La costumbre internacional. *Compendio de derecho internacional público*. (pp. 45-52). Tecnos.
- Casanovas y la Rosa O. & Rodrigo Hernández Ángel J. (2016). Los principios generales del Derecho y las fuentes auxiliares. *Compendio de derecho internacional público*. (pp.96- 104). Tecnos.
- Charles, A. (2001). Uncertainty and the Precautionary Approach. En A. T. Charles (Ed.), *Sustainable Fishery Systems* (pp. 203-221). Blackwell Science.
- Cooke, J. y Earle, M. (1993). Towards a Precautionary Approach to Fisheries Management. *Review of European Community and International Environmental Law*, 2(3), pp. 252- 259.
- Del Arenal, C. (2002). *Introducción a las Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos. Capítulo II Concepciones Teóricas de las Relaciones Internacionales.
- Díez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público* (16a. ed.). Tecnos.
- Foy Valencia, P. (2008). Soft Law y Derecho Internacional Ambiental Algunas Aplicaciones Nacionales. *Revista Boliviana de Derecho*, (5), 65-84.
<https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539905005.pdf>.
- Holdway, A. (2008). Reducing Uncertainty: The Need to Clarify the Key Elements of the Precautionary Principle. *Consilience*, 1, 37–51.
<http://www.jstor.org/stable/26168164>.
- Honneland, G. (2004). *Russian Fisheries Management, The Precautionary Approach in theory and practice*. Martinis Nijhoff Publishers.
- Llanos Mansilla H. (1977). Fuentes Formales del Derecho Internacional. *Teoría y práctica del derecho internacional público : de las fuentes y de las relaciones con el derecho interno*. (pp. 306- 392). Jurídica.
- MacDonald, G. J. (2003). Environment: Evolution of a Concept. *The Journal of Environment & Development*, 12(2), 151–176.
<http://www.jstor.org/stable/44319641>.

Maguire, S., & Ellis, J. (2005). Redistributing the Burden of Scientific Uncertainty: Implications of the Precautionary Principle for State and Nonstate Actors. *Global Governance*, 11(4), 505–526. <http://www.jstor.org/stable/27800588>.

Miller, Holmes (with K. J. Engemann). (2019). The Precautionary Principle and Unintended Consequences. 48(2). <https://jstor.org/stable/community.31637977>.

Novak, F, y García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público* (Tomo I). Thomson Reuters.

Pastor Ridruejo José Antonio. (2016). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Tecnos.

Pinto-Bazurco, J. F. (2020). The Precautionary Principle. International Institute for Sustainable Development (IISD). <http://www.jstor.org/stable/resrep29275>.

Reuter P. (1982). Estructuras Fundamentales del Derecho Internacional Público. *Derecho internacional público*. (pp. 2-52). Bosch.

Reuter P. (1982). Fuentes y Actos Jurídicos. *Derecho internacional público*. (pp. 78-106). Bosch.

Sadeleer, N. (2007). Implementing the precautionary principle, Approaches from the Nordic Countries, EU and USA. Earthscan.

Sahasranaman P. B. (2012). *Handbook of environmental law* (2a ed.). Oxford University Press.

Singh, C. P. (2010). THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND ENVIRONMENT PROTECTION. *Journal of the Indian Law Institute*, 52(3/4), 467–483. <http://www.jstor.org/stable/45148535>.

Steele, K. (2006). The precautionary principle: a new approach to public decision-making?. *Law, Probability and Risk*, 5(1), pp. 19–31, <https://doi.org/10.1093/lpr/mgl010>.

Sunstein, C. R. (2003). Beyond the Precautionary Principle. *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), pp. 1003–1058. <https://doi.org/10.2307/3312884>.

Rodiles, A. (2009). La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, 373-413.

Rousseau C. & Giménez Artigues Fernando. (1966/1957). Otras Fuentes. *Derecho internacional público* (3a ed. aum. y corregida de la versión castellana con notas y bibliografía adicionales, pp- 69-75). Ediciones Ariel.

Salmón, E. (2017). *Nociones básicas de derecho internacional público*. Fondo Editorial PUCP.

Varela, L. (1996). *Las fuentes del derecho internacional público*. Temis.

Vera, G. (1992). Algunas consideraciones sobre el medio ambiente y el derecho internacional. *Derecho & Sociedad*, 3(5), pp. 9-12.

Vera, G. (1994). El derecho internacional del medio ambiente y sus principios rectores: el caso del principio precautorio. *Themis*, 2(29), pp 111-116.

Vera, G. (1994). La Corte Internacional de Justicia y la protección del medio ambiente: el caso relativo al Proyecto Gabcikavo-Nagymaros (Hungría y la República Eslovaca, 1997). *Derecho y ambiente: nuevas aproximaciones y estimativas*. (Instituto de Estudios Ambientales, pp 473- 498).

Vera, G. (1994). El derecho internacional del medio ambiente y sus principios rectores: el caso del principio precautorio. *THEMIS Revista De Derecho*, (29), 111-116. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11465>.

Vera, G. (1998). *Negociando nuestro futuro común: el derecho internacional y el medio ambiente en el umbral del nuevo milenio*. Fondo Editorial de Cultura.

Vera, G. (1992). El nuevo derecho internacional del medio ambiente : antecedentes principios y tratados internacionales mas importantes relativos al medio ambiente y la participación peruana en los mismos.

Verdross A. (1974). La idea del derecho internacional público. *Derecho internacional público* (4. ed. alemana, pp.15- 31). Aguilar.

Verdross A. (1974). Las fuentes del derecho internacional público. *Derecho internacional público* (4. ed. alemana, pp. 89-130). Aguilar.

Villa-García, M. (1986) El Derecho Turístico: un nuevo derecho autónomo. *THEMIS Revista De Derecho*, (5), pp. 43-47.

Viñuales, J. (2008). The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment. *Fordham international law journal*, 32(1), p. 232-258.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22141.pdf>.

Wang, J., & Li, J. (2015). Precautionary Effort: Another Trait for Prudence. *The Journal of Risk and Insurance*, 82(4), 977–983.

<http://www.jstor.org/stable/24547526>.

Wagner, F., & Andreas, M. (2012). A Culture of Sustainability. *RCC Perspectives*, 8, 57–72. <http://www.jstor.org/stable/26240434>.

