

CAPÍTULO CUARTO

MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO

Le pedimos prestado capital ambiental a futuras generaciones sin la intención ni la posibilidad de reintegrarlo... Actuamos así porque sabemos que no seremos sancionados: las futuras generaciones no votan, no tienen poder político ni financiero; no pueden poner en tela de juicio nuestras decisiones. Pero los resultados del libertinaje actual rápidamente están acabando con las opciones para futuras generaciones.

Our Common Future

I. MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO

En los capítulos anteriores se realizó un recorrido sobre algunos antecedentes de las normas y una exposición sobre su contenido. Ahora bien, una vez que se ha profundizado en la sustancia de la norma, queda ahora adentrarse en los mecanismos de cumplimiento en el plano internacional y, en su caso, tocar algunos aspectos procesales.

Sin duda la cuestión de la conducción de los actores, a la observancia del derecho internacional, es uno de los temas más espinosos al no existir una autoridad política superior a los Estados, capaz de sancionar en cualquier caso de incumplimiento. Siendo este uno de los aspectos más frágiles del derecho internacional, aquellos que lo visualizan como una ciencia dinámica, mutante

y, en cierto sentido, progresiva, prevén la necesidad del desenvolvimiento de los mecanismos que lleven a su cumplimiento. No es ésta una revelación moderna, baste con señalar que desde finales de la década de los sesentas Wolfgang Friedmann —quien dicho sea de paso consideraba que el derecho internacional se encontraba en una etapa primitiva— señalaba:

Está en juego la importancia de este orden jurídico internacional. Algunas de las sanciones de la no participación derivadas del nuevo derecho internacional (de tipo cooperativo o de bienestar) no serán de alcance universal, pero otras sí. Y así como se están encogiendo las fronteras físicas de la humanidad a medida que aumentan en forma dramática los poderes de destrucción recíproca, así como aumentan los peligros derivados de la sobrepoblación y del agotamiento de los recursos, así también se irán volviendo más y más importantes los aspectos no punitivos del orden jurídico internacional.⁴⁷⁸

La diversidad de temas y la búsqueda de engranajes que asistan a la observancia de normas internacionales, entre otras razones, han llevado a la creación de regímenes especializados. Este fenómeno no ha pasado desapercibido por la doctrina e incluso llamó la atención de la Comisión de Derecho Internacional. Por ahora, solo se concentrará en la particular búsqueda de la materialización de la norma internacional en aquellos regímenes.

Por otro lado, podría surgir la interrogante: ¿la investidura de un mecanismo de aplicación de la norma conlleva un mayor perfeccionamiento de ella?

Podría pensarse que al intentar resolver dicha interrogante se debe indagar el valor sustantivo de las disposiciones relativas a las futuras generaciones, lo que llevaría a adentrarse en la jerarquía de las normas internacionales. No se verá de esa manera aquí, aunque ese particular tópico, ya se ha analizado a través de

⁴⁷⁸ Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, trad. de Agustín Barcena, Mexico, Trillas, 1967, p. 120.

las distintas categorizaciones de las normas internacionales, tales como normas *erga omnes* y *ius cogens*. Para este capítulo se tiene la intención de caracterizar la norma internacional bajo la óptica de los mecanismos que le acompañan para su cumplimiento. En otra perspectiva, se intentará discernir si la naturaleza de la normatividad intergeneracional es verdaderamente legal o si es eminentemente discursiva.

No se puede realizar una exégesis de todos los instrumentos reseñados en el capítulo anterior, a pesar de lo deseable que pudiera ser. Se procura, por otro lado, tratar con uno o dos ejemplos significativos, la incidencia de la justicia intergeneracional en dos planos: el cultural y el natural.

Lo importante de este capítulo es mostrar si en efecto las normas que se califican como intergeneracionales pueden o están acompañadas de mecanismos eficientes de cumplimiento.

1. *Modelos de cumplimiento en tratados internacionales*

Hecha la discriminación de instrumentos a analizar, con miras a procurar una visión sintética, se habra de mostrar las cualidades por los que se han seleccionado. Los tratados multilaterales sobre los que discurriremos gozan de gran aceptación, incluyen órganos encargados de dar seguimiento a su aplicación y son representativos o incluso considerados paradigmáticos. Concretamente se analiza la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, que se abrevia como Convención sobre el Patrimonio Mundial (CPM o WHC por sus siglas en inglés), el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático-Protocolo de Kioto.

En cada caso, la estructura orgánica que se deriva de cada tratado le imprime vida y un dinamismo que impacta, en cierta forma, la sustancia del convenio hasta llegar al cumplimiento de la norma, entendido como la traslación de su contenido en acciones cotidianas.

Los tratados internacionales seleccionados, cada uno en su propio estilo, se adaptan a las nuevas circunstancias y puede ser revisado y actualizado por los Estados parte. Es importante observar que en algunos casos se ha adoptado la fórmula convención “marco” y “protocolo”, como sucedió entre el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono-Protocolo de Montreal y Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático-Protocolo de Kioto, siendo los Estados mismos los que a través de protocolos particularizan los convenios “marco” y, en otros casos, se ha preferido “delegar” la “reglamentación” a uno de los órganos emanados de la convención.⁴⁷⁹

Habrà que distinguir desde un principio entre los mecanismos de aplicación que posee el mismo tratado, su cumplimiento, la instrumentación de un tratado por parte de un Estado y la efectividad del mismo. A esta primera parte, la mecánica de aplicación o procesal de un tratado es a la que se dedicará mayor atención, aunque ningún aspecto deja de estar ligada con los otros. Sin duda, el contenido de las normas multilaterales, las prerrogativas que ofrece ser parte de un tratado y los mecanismos propios de observancia llevan al éxito o fracaso de un tratado. En particular referencia a los mecanismos propios de cada tratado para propiciar su cumplimiento, Jacobson y Brown Weiss dividen estas estrategias en tres categorías principales,⁴⁸⁰ que consideramos necesitan cierta explicación, estas son: métodos de transparencia, incentivos y medidas coercitivas.

Métodos de transparencia. La intención de estas estrategias es hacer pública la información de los Estados Parte y demás actores

⁴⁷⁹ Tal sería el caso de la WHC en la que el Comité del Patrimonio Mundial revisa la Guía Operativa para la Implementación de la Convención del Patrimonio Mundial que en la práctica es una verdadera reglamentación operativa de la Convención, como se analizará en este mismo capítulo.

⁴⁸⁰ Jacobson, Harold K. y Brown Weiss, Edith, “Assessing the Record and Designing Strategies to Engage Countries (Chap. 15)”, en Weiss, Edith Brown, *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge, Mass, MIT Press, 1998, pp. 542-548.

a los que se refiere la norma internacional a través de reportes, escrutinio de dichos reportes, monitoreo, tanto externos con las tecnologías actuales, como *in situ*, acceso a la información por parte de ONGs y medios de comunicación, seminarios, entrenamientos y presiones informales por otros Estados partes y Secretariados.

Incentivos. Los tratados que se revisan pueden tener 2 tipos de estímulos: El primero de ellos puede ser para hacer llamativa la misma membresía del régimen que crea el tratado, una especie de “premio” para los Estados parte por el solo hecho de pertenecer a este grupo; un segundo tipo de estímulo se otorga para ayudar al Estado parte que no tiene la operatividad para dar cumplimiento a las normas sustantivas de los tratados a través de capacitación técnica, fondos especiales, programas de entrenamiento, entrega de materiales, acceso tecnológico, etcétera, con la consecuente retribución para el Estado que facilita la ayuda.

Medidas coercitivas. Estas incluyen medidas, sanciones y/o penalidades, tales como la suspensión de privilegios dentro de una convención, sanciones comerciales, la supresión de bienes protegidos de los listados que prevén los tratados, la publicación en medios informativos oficiales, etcétera.

De forma complementaria a estas “estrategias de cumplimiento”, los propios medios de solución de controversias del derecho internacional general, de forma supletoria, normarían las diferencias que pudieran suscitarse por la inobservancia del instrumento. A pesar de ello, algunos convenios prevén medios de solución de controversias particulares que merecen ser analizados.

Para propósitos de este capítulo se ha de recoger sucintamente las obligaciones específicas contenidas en los tratados multilaterales que se analizan, y se utilizará una división para las medidas, mecanismos y estrategias de cumplimiento de forma binaria: estímulos-imposiciones, sanciones y/o cargas. Se hace de esta manera, no porque se considere inadecuada la división propuesta por Jacobson y Brown Weiss, por el contrario, es de lo más

acertada; no obstante, para el propósito de esta disertación se considera más indicado elaborar una visión sintética y dual en cuanto a beneficios y cargas.

Al final de este apartado, se ilustra la comparación de las particularidades de los tratados analizados más las propias de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES, por sus siglas en inglés) y de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (abreviado CMS en inglés).

2. *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*

A. *Obligaciones específicas para las partes*

La principal obligación de los Estados Parte derivada del instrumento en comento, como se mencionó en el capítulo pasado de esta disertación, consiste en “identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio”. Para la consecución de tal fin, el artículo 5o. de la CPM imprime los siguientes lineamientos para las partes:

- a) adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general;
- b) instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban;
- c) desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural;

- d) adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio, y
- e) facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo.

Más adelante el artículo 6o. establece que, respetando la soberanía estatal, la comunidad internacional tiene un deber de cooperar en la protección de los sitios considerados patrimonio universal. Así es para el todo en su conjunto y, para los Estados Partes les corresponde: “prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural... en cuyo territorio esté situado” y “a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural”.

Naturalmente surge la pregunta para este estudio, ¿qué medidas, incentivos, mecanismos o instrumentos tiene la Convención para encaminar a los Estados a dar cumplimiento a las obligaciones y directrices? Intentaremos dar respuesta.

B. *Incentivos*

La CPM tiene dos principales estímulos: la Lista del Patrimonio Mundial y el Fondo del Patrimonio Mundial (Fondo). En términos amplios, para los Estados parte contar con sitios listados contribuye a su imagen como país y económicamente resulta favorable para los sectores turísticos. En 2009, el número de sitios incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial ascendió a la cantidad de 890, de las cuales 31 se encuentran en el Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, a la que se hace referencia posteriormente. Sin duda la región más favorecida por la Lista del Patrimonio Mundial es Europa, cerca de la mitad de los sitios se encuentran en aquel continente (440).

Aquí valdría la pena hacer un paréntesis para mencionar que en el 2001, cuando el régimen Talibán destruyó las dos estatuas de Buda colosales ubicadas en el valle de Bāmiyān, este sitio no se encontraba en la Lista del Patrimonio Mundial. Cabría tal vez preguntarse si alguna diferencia habría hecho su inclusión en el listado. Para dar respuesta a esa cuestión habrá que observar que en dicho año existía un régimen político de excepción en Afganistán, reconocido solamente por tres países musulmanes, no existía población budista y los esfuerzos internacionales por impedir su destrucción fueron vanos. Aparte de la interrogante histórica, a la que difícilmente se halla respuesta, es dable mencionar que a partir de su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial en el 2003, los esfuerzos de reconstrucción se han intensificado a través de la UNESCO⁴⁸¹ y de la cooperación de algunos países, entre ellos Irán, Italia, Japón y Alemania.

La Lista del Patrimonio Mundial es un estímulo para firmar la convención y de ella misma derivan también ciertos alicientes, entre ellos el acceso al Fondo.

El Fondo se constituye a través de las cuotas obligatorias de los Estados Parte, contribuciones voluntarias y los ingresos de la venta de productos derivados relativos al patrimonio mundial. Adicionalmente, existen otros ingresos que se destinan para fondos fiduciarios con objetivos generales o específicos, por mencionar solo alguno, entre ellos se encuentra el Fondo del Patrimonio Mundial Africano creado en 2006 del que se hace referencia más adelante.

El Fondo es utilizado para tareas de promoción, educación y divulgación del mismo concepto de patrimonio mundial y la importancia de su conservación, así como para actividades de asistencia para los Estados Parte. Con este propósito, se emplea el Fondo para ayudar a aquellos Estados Partes que así lo soliciten y requieran en las siguientes áreas: asistencia en la preparación

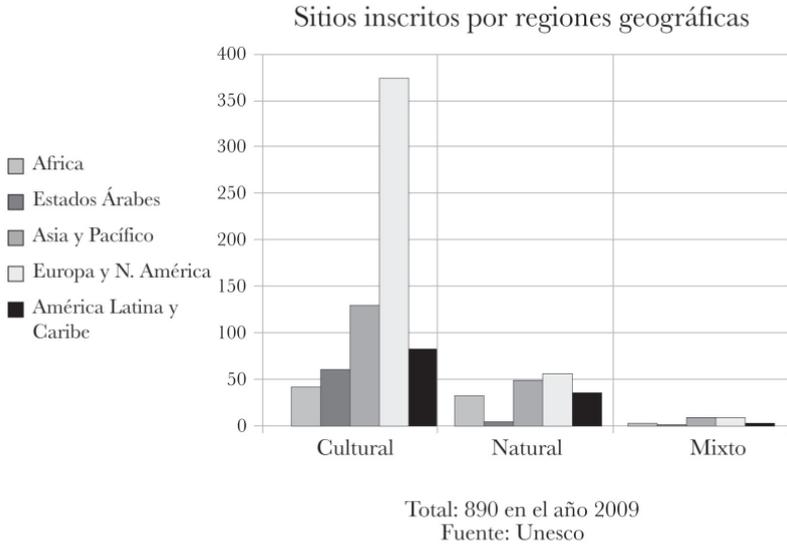
⁴⁸¹ En 2002 se creó el *International Coordination Committee for the Safeguarding of Afghanistan's Cultural Heritage*

de la presentación para someter a un sitio en la lista, labores de preservación de los bienes que hubieren sido inscritos en la lista y asistencia en la elaboración de los informes periódicos sobre el estado de conservación de los mismos sitios.

De la ejemplificación los Budas de Bāmiyān, se puede entre-sacar que puede haber sitios que no se encuentran declarados Patrimonio Mundial y que por sus características debieran o podrían estar incluidos en la lista. No resulta comprensible, en términos generales, que en Europa existan mucho más sitios considerados patrimonio natural (más de 300) que la región de África, la cual sólo cuenta con 33.⁴⁸² Esta situación obedece, en gran parte, a las diferencias económicas de las Partes y para corregir situación particular se creó el Fondo del Patrimonio Mundial Africano. Para algunos de los 38 países que han ratificado la CPM sería en extremo gravoso y lejano a sus prioridades someter uno de los tantos sitios que podrían o deberían ser incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial. Crudamente ejemplar —testimonio de la necesidad de una justicia intrageneracional como preámbulo o complemento de la justicia intergeneracional—, es el caso del Reino de Suazilandia, Estado que ratificó la Convención en 2005, cuenta con la tasa más alta de SIDA en el mundo (38.8%) y una esperanza de vida de un poco más de treinta años.⁴⁸³ Muy distantes a sus preocupaciones primordiales se encuentra la inclusión de sitios al Patrimonio Mundial. Queda dibujada la repartición de sitios entre regiones como se ilustra en la siguiente figura:

⁴⁸² De acuerdo a los datos estadísticos preparados por el Centro del Patrimonio Mundial la región africana cuenta con 33 sitios naturales, cifra que contrasta con los 56 sitios registrados para la región Europa y Norteamérica, de los cuales 12 corresponden a Estados Unidos de América y 9 a Canadá

⁴⁸³ WHO, *Country Health System Fact Sheet 2006 Swaziland*.



C. Estructura institucional

Los órganos principales de la CPM son la Asamblea General de Estados Parte (Asamblea), el Comité (Comité) del Patrimonio Mundial y el Centro del Patrimonio Mundial (Centro), que actúa como Secretaría.

La Asamblea General se reúne durante las sesiones ordinarias de la UNESCO, determina la cuota que los Estados Parte deben contribuir al Fondo del Patrimonio Mundial y elige a los 21 miembros del Comité. Tanto esta Asamblea de Estados Parte, como la General de la UNESCO, reciben un reporte de Actividades del Comité.

La Asamblea no tiene funciones operativas, aunque sí participa en parte del financiamiento del fondo que se constituye mediante aportaciones obligatorias y voluntarias de los Estados, contribuciones de organismos internacionales (incluida la propia UNESCO), así como por donaciones de entidades públicas, del sector privado e individuos. El Fondo es discreto en cierto sentido

y distribuye alrededor de 4 millones de dólares anuales para apoyar a las peticiones de los Estados parte que necesitan asistencia internacional.

La participación del centro en el sistema creado por la CPM es elemental y tiene a su cargo la administración diaria de la Convención. El centro organiza las sesiones anuales del Comité y presta asesoría a los Estados parte en la preparación de las nominaciones para la Lista del Patrimonio Mundial. El centro actúa como un verdadero secretariado y organiza seminarios, talleres y actualiza la base de datos de la Lista del Patrimonio Mundial. De igual forma, el centro se encarga de la difusión de la CPM y edita las publicaciones oficiales: *The World Heritage Review*,⁴⁸⁴ *World Heritage Paper Series*⁴⁸⁵ y la extinta *The World Heritage Newsletter*.⁴⁸⁶

Ahora corresponde examinar al órgano operativo de la CPM que es el Comité y que tiene a su cargo la herramienta más eficaz de la Convención: la Lista del Patrimonio Mundial. El Comité adopta y revisa la “Guía Operativa para la Implementación de la Convención del Patrimonio Mundial”,⁴⁸⁷ que constituye una verdadera reglamentación a la CPM, análoga a la legislación secundaria de un país.⁴⁸⁸

Comentario a ese respecto, el acto de un cuerpo colegiado internacional de elaborar sus propias reglas de procedimiento es

⁴⁸⁴ Se publica cada tres meses en inglés, francés y español desde junio de 2006. <http://whc.unesco.org/en/periodicals>, consultado el 7 de septiembre de 2009.

⁴⁸⁵ A partir de 2002 se inició la publicación de investigaciones, memorias de talleres y manuales para la instrumentación de la en el territorio de los Estados parte.

⁴⁸⁶ El último número (51) fue publicado en noviembre del 2005.

⁴⁸⁷ *Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, WHC. 08/01, January 2008, <http://whc.unesco.org/en/guidelines>, consultado el 7 de septiembre de 2009.

⁴⁸⁸ Así lo expresan algunos autores, véase por ejemplo: Zacharias, Diana, “The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage as Prototype of an Autonomy-Gaining International Institution”, *German Law Journal (GLJ)* 9/11, 2008, 1833-1864, http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol09.No11/PDF_Vol_09_No_11_1833-1864_Articles_zacharias.pdf, consultado el 12 de septiembre de 2009.

algo natural en la vida internacional de las organizaciones que tienen ese carácter, bien podría calificarse como un acto meramente procedimental. Sin embargo, la elaboración de la Guía Operativa, en algunos casos, parecería incluso que complementa la normatividad sustantiva de la CPM, como si se tratase de un acto cuasi-legislativo o incluso creador de normas principales.

Se puede mencionar entre los ejemplos en los cuales el comité se encuentra en aquella situación particular:

- a) Reglamentar en el numeral 77 de la Guía Operativa los criterios de selección que debe satisfacer un sitio de “sobresaliente valor universal”,⁴⁸⁹ y
- b) Incorporar la supresión de la lista del Patrimonio Mundial de los bienes que han perdido el mérito para estar incluidos

⁴⁸⁹ Los criterios actuales son: I. Representar una obra maestra del genio creativo humano; II. Testimoniar un importante intercambio de valores humanos a lo largo de un periodo de tiempo o dentro de un área cultural del mundo, en el desarrollo de la arquitectura o tecnología, artes monumentales, urbanismo o diseño paisajístico; III. Aportar un testimonio único o al menos excepcional de una tradición cultural o de una civilización existente o ya desaparecida; IV. Ofrecer un ejemplo eminente de un tipo de edificio, conjunto arquitectónico o tecnológico o paisaje, que ilustre una etapa significativa de la historia humana; V. Ser un ejemplo eminente de una tradición de asentamiento humano, utilización del mar o de la tierra, que sea representativa de una cultura (o culturas), o de la interacción humana con el medio ambiente especialmente cuando éste se vuelva vulnerable frente al impacto de cambios irreversibles; VI. Estar directa o tangiblemente asociado con eventos o tradiciones vivas, con ideas, o con creencias, con trabajos artísticos y literarios de destacada significación universal. (El comité considera que este criterio debe estar preferentemente acompañado de otros criterios); VII. Contener fenómenos naturales superlativos o áreas de excepcional belleza natural e importancia estética; VIII. Ser uno de los ejemplos representativos de importantes etapas de la historia de la tierra, incluyendo testimonios de la vida, procesos geológicos creadores de formas geológicas o características geomórficas o fisiográficas significativas; IX. Ser uno de los ejemplos eminentes de procesos ecológicos y biológicos en el curso de la evolución de los ecosistemas; X. Contener los hábitats naturales más representativos y más importantes para la conservación de la biodiversidad, incluyendo aquellos que contienen especies amenazadas de destacado valor universal desde el punto de vista de la ciencia y el conservacionismo.

en ella o cuando los Estados no han cumplido con sus obligaciones de cuidado o mantenimiento.

Si bien es cierto que los Estados decidieron, en el mismo texto de la CPM delegar al Comité la facultad de prescribir los criterios para la inscripción de los bienes, en el segundo caso no se observa por ningún lado de la Convención alguna mención a la supresión de bienes de la lista, cuestión que sí se encuentra delineada en la Guía Operativa. ¿Podría considerarse la inclusión de la figura de la supresión un acto *ultra vires*? Se deja abierta la pregunta en términos generales, que, no habiendo objeción de ninguno de los Estados Parte, probablemente tendría que analizarse junto a la doctrina de *estoppel* en un caso extremo.

No se quiere concluir este apartado sin resaltar la preponderancia del Comité sobre los otros organismos surgidos a partir de la CPM. Alguna vez se preguntó sobre la relación que debía guardar con la Asamblea General, en específico si debía estar supeditada a ella y el Consejero Legal de la UNESCO habría de expresar su opinión en el siguiente sentido:

El Consultor Jurídico de la UNESCO nota que había un principio legal general por el cual se delegaban todas las facultades al cuerpo plenario para conocer de cualquier asunto de la Convención. Se ha notado que la Convención sobre el Patrimonio Mundial es diferente a cualquier otro tratado internacional porque las facultades sustantivas son otorgadas al Comité y no a la Asamblea General. El Comité puede transferir facultades a la Asamblea General.⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ WHC-2000/CONF.202/17, Report of the Rapporteur, Paris, 18 de agosto de 2000. En el texto de la opinión: “The Legal Adviser of UNESCO noted that there was a general legal principle of deferring to the plenary body which can deal with any questions related to the Convention. It was noted that the World Heritage Convention is different from many other international conventions in that all the substantive powers are designated to the Committee and not to the General Assembly. The Committee can transfer powers to the General Assembly”.

Parecería ser, por lo expresado, que la CPM sería una excepción a la norma natural societaria por la que el órgano supremo será la asamblea plenaria.⁴⁹¹ Habrá que notar 2 cosas: la primera de ellas es la naturaleza del dictamen que corresponde solamente a una opinión, que aunque legal y autorizada es cierto, no necesariamente podría corresponder a la expresión de los Estados parte y, la segunda de ellas, en que la Asamblea de partes conservaría en potencia el derecho a modificar la Convención en cualquier momento. Por muy excepcional que fuera el régimen de la CPM, es poco infortunada la opinión del Consejero Legal; pareciera que su aserción, más que fundada en bases legales, fuera arrancada de la novela gótica de Mary Shelley: “*You are my creator, but I am your master—obey!*”.

Ahora bien, hay que examinar lo que respecta a la organización del Fondo. La administración de los recursos financieros tiene una estructura definida, los recursos disponibles son administrados por el Centro del Patrimonio Mundial tratándose de solicitudes menores a cinco mil dólares, ya sean para cuestiones de asistencia en la preparación, conservación o manejo. Sí la cantidad es mayor a esa cifra, entonces los cuerpos consultivos Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS) y el Centro Internacional de Estudios de Conservación y Restauración de los Bienes Culturales (ICCROM), que emiten un dictamen sobre los sitios culturales, y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), con similar tarea, tratándose de sitios naturales, evaluarán las peticiones de asistencia para que sean resueltas por el presidente del comité o el mismo cuerpo en su

⁴⁹¹ Amerasinghe señala “La relación entre órganos subsidiarios y los órganos principales que los crean entraña un control total de los primeros por los últimos y con autoridad delegada” (En el original: “The relationship between subsidiary organs and the principal organs which create them has been seen to be one involving total control of the former by the latter and delegated authority”). Cfr. Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge Studies in International and Comparative law [N.S. 36]. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 142.

conjunto.⁴⁹² La inclusión de ONGs en el mismo texto y funcionalidad de un tratado internacional.

D. *Imposiciones, sanciones y/o cargas*

La Lista de Sitios en Peligro no debe considerarse necesariamente una sanción por parte del Comité, aunque podría constituirse con esa naturaleza en algunos casos ante el incumplimiento de uno de los Estados parte. No resulta extraño que a petición de alguno de los Estados parte un sitio sea inscrito en este listado, lo que trae aparejado el beneficio de poder acceder al Fondo. Sin embargo, para algunos Estados la mención de algunos de sus bienes en dicha lista podría considerarse como un “deshonor”, una especie de amonestación o publicidad del no cumplimiento de la obligación de cuidado.

El texto de la Convención podría ser considerado ambiguo en cuanto a la potestad del Comité al someter e incluir a la Lista de Sitios en Peligro un bien en contra de la voluntad del Estado en donde éste se encuentre. A pesar de ello, la práctica ha parecido autorizar la inclusión de los sitios sin el consentimiento del Estado en donde se encuentran y ésta parece volverse aceptada, observa Brown Weiss en una de sus obras.⁴⁹³ La autora cita como ejemplos de ello el registro en la mencionada lista de la ciudad de Dubrobnik en Croacia (1991), el Parque Nacional de Manas en la India (1992) y el Parque Nacional de los Everglades en los Estados Unidos de América (1993).⁴⁹⁴

Un mayor detenimiento debe hacerse en cuanto a la supresión de los sitios de la Lista del Patrimonio Mundial, procedi-

⁴⁹² Dependerá del monto, si se trata de una cantidad que oscile entre los 5,001 y los 30,000 dólares estadounidenses será el presidente. Si la cantidad es mayor se requerirá una decisión colegiada.

⁴⁹³ Brown Weiss, Edith, “The Five International Treaties. A Living History” (Chap. 5) en Brown Weiss, Edith y Jacobson, Harold (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge, Mass. MIT Press, 1998, p. 98.

⁴⁹⁴ *Idem.*

miento regulado en los numerales del 192 al 198 de la Guía Operativa para la Implementación de la Convención del Patrimonio Mundial y que, como ya se ha señalado, por ningún lado aparece mención de ello en la CPM. Para eliminarse un bien del listado el Comité deberá aprobar una resolución por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes y votantes,⁴⁹⁵ previa consulta con el Estado parte en el que se encuentra el sitio en cuestión y sólo en los siguientes casos:

- a) Cuando una propiedad se ha deteriorado tanto que ha perdido aquellas características que determinaron su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial.
- b) Cuando las cualidades intrínsecas del sitio ya hubieran sido amenazadas al tiempo de su nominación por causas humanas y las acciones correctivas necesarias proyectadas por el Estado parte proponente no hubieran sido efectuadas en el plazo propuesto.

En este procedimiento de eliminación juegan un papel muy importante, como lo hacen en el relativo a la inclusión, los organismos consultivos del Comité: nuevamente el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), que emite un dictamen sobre los sitios culturales, y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), que hace otro tanto con los bienes culturales. Ambos organismos presentan sus recomendaciones al Comité.

Pues bien, en cuanto a la materialización de un supuesto, tuvieron que pasar largos años antes de que fuera borrado el pri-

⁴⁹⁵ Para este procedimiento se retoma el requisito ordinario de *quórum* señalado en el inciso 8 del artículo 13. Es curioso observar que no se aumentó el número necesario para que el cuerpo deliberante tomará esta resolución que podría considerarse que amerita un mayor quórum. Dos consideraciones creemos pudieron haber convencido al Comité en dejar el quórum regular para la supresión de los bienes de la lista: la primera de ellas en que dos terceras partes podría estimarse un número alto y, segundo, la reticencia a añadir mayores supuestos extraconvencionales.

mer sitio de la Lista del Patrimonio Mundial, triste notoriedad que encabezó en el 2007 el Santuario del Órix Árabe, hábitat de una especie rara de antílope que había sido incluido en la lista desde 1994.⁴⁹⁶ El Comité del Patrimonio Mundial tomó su decisión por causa de la resolución del Sultanato de Omán de reducir en noventa por ciento la superficie protegida del sitio. El Comité razonó, habiendo previamente consultado a IUCN, que la decisión del Sultanato encaminada a la prospección de hidrocarburos, destruiría el valor universal excepcional que sirvió de base para la inscripción del sitio en la Lista. Literalmente el punto 8 de la resolución resaltaría el incumplimiento de la Convención en los siguientes términos: “Nota con profundo pesar que el Estado Parte haya fallado en cumplir sus obligaciones definidas en la Convención, en particular la obligación de proteger y conservar el Patrimonio Común de la Humanidad del Santuario del Orix árabe”.⁴⁹⁷

No quiso la historia que la eliminación del Santuario del Órix Árabe se fuera en solitario y hubo de acompañarle en esta enumeración la propia del Valle del Río Elba en la ciudad de Dresde, Estado de Sajonia, Alemania, sitio que fuera inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial en 2004.

La controversia despuntaría en 2006, año en el que el Comité inscribió al Valle del Río Elba en la Lista de Sitios en Peligro ante

⁴⁹⁶ Este sitio fue inscrito bajo el criterio x. que literalmente dice: “contener los hábitats naturales más representativos y más importantes para la conservación de la biodiversidad, incluyendo aquellos que contienen especies amenazadas de destacado valor universal desde el punto de vista de la ciencia y el conservacionismo”. En inglés el referido criterio reza: “to contain the most important and significant natural habitats for in-situ conservation of biological diversity, including those containing threatened species of outstanding universal value from the point of view of science or conservation”.

⁴⁹⁷ 31COM 7B.11, puede ser consultada en WHC-07/31.COM/24, pp. 50 y 51, París, 31 de julio de 2007. Las sesiones del Comité se efectuaron en la ciudad de Christchurch, Nueva Zelanda de 23 de junio al 2 de julio de 2007. Se lee en el original: “Notes with deep regret that the State Party failed to fulfill its obligations defined in the Convention, in particular the obligation to protect and conserve the World Heritage property of the Arabian Oryx Sanctuary”.

la inminente construcción del puente del Waldschlößchen que, de acuerdo al mismo Comité, cambiaría el paisaje del Valle del Río Elba —un corredor de 18 kilómetros adornado por edificaciones de los siglos XVIII y XIX, que abarcan el Palacio Übigau y los campos Ostragehege en el noroeste hasta el Palacio Pillnitz en el sureste—.

Un año antes, en 2005, se habría realizado una consulta popular en la que se preguntaba a los ciudadanos de la zona su parecer sobre la construcción en términos muy directos: “*Sind Sie für den Bau der Waldschlößchenbrücke-einschließlich des Verkehrszuges der abgebildeten Darstellung?*”,⁴⁹⁸ preguntaba la boleta del plebiscito en la que se acompañaban algunos posibles diseños. 67,92% de los participantes irían por el “*Ja*”, mientras el 32,08% restante diría “*Nein*”.⁴⁹⁹

El referéndum no pasaría desapercibido y sería considerado por la Corte Federal del Estado de Sajonia (*Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*). La Corte estimaría particularmente la decisión de la ciudad de Dresde, basada en la consulta popular, por construir el puente a pesar de la posible eliminación del listado de la UNESCO.

Los juzgadores opinarían que existía “un conflicto entre los intereses de la democracia directa y los derechos del contrato del pueblo dentro del área de la protección internacional cultural sometido a decisión judicial”⁵⁰⁰ y que, “en esta situación de conflicto, la prioridad la tiene el principio de democracia que pue-

⁴⁹⁸ Se podría traducir como: “¿Está usted a favor de la construcción del Puente del Waldschlößchen - incluidas las vías representadas en las ilustraciones?”.

⁴⁹⁹ Bürgerentscheid Waldschlößchenbrücke vom 27.2.2005, <http://www.dresden.de/dyn/wahlergebnisse/be/index.html>, consultado el 12 de septiembre de 2009.

⁵⁰⁰ “ein Konflikt zwischen den Belangen der unmittelbaren Demokratie und dem Völkervertragsrecht im Bereich des internationalen Kulturschutzes zur gerichtlichen Entscheidung”. Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Caso 4 BS 216/06, decisión del 9 de marzo de 2007, publicada en 60 Die öffentliche Verwaltung 564, 2007, p. 25, http://www.tu-dresden.de/jfoeffl4/OVG_%204_BS_216_06.pdf, consultado el 12 de septiembre de 2009.

de ser afirmado a nivel local”.⁵⁰¹ Con dichos razonamientos, los jueces federales alemanes allanarían el camino para que el Valle del Elba fuera borrado de la Lista del Patrimonio Mundial en el 2009. En resarcimiento, excusa o mayor vilipendio de la judicatura germánica, ha de mencionarse que, en la boleta de la consulta popular a los ciudadanos de Dresde no se mencionaba por ninguna parte que el Valle podría perder el nombramiento de Patrimonio Mundial de la Humanidad ni tampoco aparecía señalada la opción que propondría el Comité de construir un túnel (tampoco fue realizada ninguna consulta posterior sobre esta alternativa). Interesante podría resultar el análisis de la resolución de la Corte Federal en el estudio de la incorporación del derecho internacional al interno de aquel país, aunque quizá indique la tesitura de aquellos juzgadores un pasaje de la decisión que afirma: “El gobierno de la ciudad de Dresde actúo sin errores discrecionales, ya que no se encuentra, directa o indirectamente, obligado a las regulaciones de la Convención sobre el Patrimonio Mundial”.⁵⁰²

En respuesta a los razonamientos de las autoridades administrativas y judiciales de la Sajonia alemana, el Comité del Patrimonio Mundial publicaría su resolución decisión 33 COM 7A.26⁵⁰³ por la cual suprimió de la Lista al Valle del Elba en términos muy similares a aquella resolución por la cual quedaría fuera de la misma lista el Santuario del Órix Árabe. Literalmente expresó el Comité:

⁵⁰¹ *Idem*. En el idioma original: “In dieser Konfliktsituation gebührt dem auch auf kommunaler Ebene zu verwirklichenden Demokratieprinzip der Vorrang”.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 12. A la letra: “Das Regierungspräsidium Dresden sei ermensfehlerfrei eingeschritten, weil der Antragsgegner weder unmittelbar noch mittelbar an die Vorschriften der Welterbekonvention gebunden sei”.

⁵⁰³ La decisión fue tomada en la trigésima tercera sesión del Comité del Patrimonio Mundial que se llevó a cabo en Sevilla, España del 22 al 30 de junio de 2009 y puede consultarse en WHC.09 /33.COM /20, *Final Decisions of the 33rd Session of the World Heritage Committee, (Seville, 2009)* 20 de julio de 2009, pp. 43 y 44, http://whc.unesco.org/graphics/ico_14_pdf, consultado el 4 de octubre de 2009.

Observa con gran decepción que el Estado Parte fue incapaz de cumplir sus obligaciones definidas en la Convención, en particular la obligación de proteger y conservar el Valor Universal Excepcional, tal como quedó inscrito, del Patrimonio de la Humanidad del Valle del Elba en Dresde.

A diferencia de la primera resolución, a la nación alemana se le brindaría la oportunidad de inscribir nuevamente el sitio bajo otros parámetros.⁵⁰⁴

Las facultades formales del Comité para que los Estados cumplan con los objetivos de la CPM podrían parecer débiles o insuficientes, aunque en la práctica en ocasiones resulta lo contrario por el trabajo coordinado con los cuerpos consultivos. Finalmente, la sanción mayor por el incumplimiento del tratado es la eliminación del sitio de la Lista a causa de no haber mayor autoridad dentro de un régimen especializado y, por supuesto, en el derecho internacional general.

Resta solamente decir, por ahora, que algunos autores han llegado a sugerir el establecimiento de mecanismos de apelación y de mayor control o el acceso a la Corte Internacional de Justicia o arbitraje en caso de controversias relativas al Patrimonio Común de la Humanidad.⁵⁰⁵

3. *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono - Protocolo de Montreal*

De acuerdo a su formulación, el Protocolo de Montreal es un tratado accesorio, derivado de un acuerdo marco. ¿Cómo se llegó

⁵⁰⁴ *Idem*. La decisión señala: “Notes however the commitment of the State Party to fully explore and exhaust all options towards preserving the Outstanding Universal Value inherent in elements of the Dresden Elbe Valley. Considers that a new nomination for the heritage of Dresden which justifies Outstanding Universal Value could be envisaged, governed by the provisions of Section III of the Operational Guidelines”.

⁵⁰⁵ Zacharias, Diana, “The UNESCO Regime for the Protection of World Heritage...”, *op. cit.*, nota 488, 1862-1863.

a esta fórmula? En 1981, el Consejo de Administración del PNUMA resolvió crear un grupo de trabajo *ad hoc* de expertos legales y técnicos con el objetivo de elaborar un marco general para un eventual Convenio para la Protección de la Capa de Ozono.

A pesar de que la finalidad de semejante instrumento internacional era clara, la complejidad y relativa novedad del asunto requirieron el transcurso de 4 años para que los Estados llegaran a un acuerdo en Viena en marzo de 1985. Mientras el propósito principal del también conocido como “Convenio de Viena” es, en términos muy generales, estimular la investigación y observación científica, así como la cooperación entre naciones para obtener un mejor entendimiento de los procesos atmosféricos globales, el Protocolo de Montreal contrasta como un instrumento mayormente operativo.

El protocolo, firmado el 16 de septiembre de 1987, se ha considerado como un logro extraordinario, por ser el primer instrumento internacional que reconoció los posibles efectos adversos de la actividad humana al medio ambiente global futuro antes de que sus efectos se sintieran o fueran demostrados científicamente, dicho en otras palabras constituyó un acto precautorio en materia ambiental. El acierto de su formulación no escaparía de los ambientes académicos y no sorprende evidenciar el entusiasmo con el que fue recibido por los principales juristas ambientales internacionales de entre los cuales se cita a Edith Brown Weiss, quien afirmó en su momento: “El Protocolo de Montreal constituye un ejemplo medular sobre la voluntad de los Estados para resolver un problema cuyas dañinas consecuencias de hoy serán advertidas principalmente por nuestros hijos y sus descendientes”.⁵⁰⁶ No sin menor ánimo, Philippe Sands señalaba: “[El Protocolo de Montreal] es un acuerdo ambiental internacional fundamental,

⁵⁰⁶ Brown Weiss, Edith, “The Five International Treaties. A Living History”, *op. cit.*, nota 493, p. 135. Literalmente: “The Montreal Protocol is a path-breaking example of countries’ willingness to address a problem in which the harmful consequences of our activities today will be felt primarily by our children and their descendants”.

que establece un precedente para nuevas técnicas regulatorias y arreglos institucionales, y la adopción e instrumentación de mecanismos financieros novedosos.⁵⁰⁷

A. *Obligaciones específicas para las partes*

El contenido principal de las obligaciones del Protocolo de Montreal se refiere a la reducción y eventual eliminación de las SAO como elementos necesarios para la protección de la “salud” y el “medio ambiente”. En los compromisos para los Estados se observan distinciones originadas por la aplicación del principio de responsabilidad común pero diferenciada por el cual, en términos muy generales, se concedió a las economías en desarrollo un periodo de gracia y la oportunidad de acceder a beneficios financieros para costear la eliminación de las SAO; por consiguiente, se crearon dos grupos de países dividiéndose aquellos considerados desarrollados y los que se encuentran en desarrollo (artículo 5.1). Suplementaria a esa diferenciación, el Protocolo de Montreal creó diversos enlistados de SAO y grupos dentro de éstos (Anexos A, B, C y E) a los que se aplicaron diferentes calendarios con miras a su reducción y eventual eliminación, considerando los niveles básicos de producción y consumo.

Detallar las SAOs incluidas por Anexo, Grupo, año o media que se tomó para determinar el nivel básico, calendarios de reducción y eliminación rebasaría los propósitos de la presente disertación. Sin embargo, podemos decir, *grosso modo*, que un número importante de SAOs dejaron de ser producidas por los países desarrollados a partir de 1996, mientras que para las mismas sustancias deben dejar de ser consumidas por los países en desarrollo en el 2010.

⁵⁰⁷ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, *op. cit.*, nota 166, pp. 345 y 346. A la letra menciona: “[The Montreal Protocol] is a landmark international environmental agreement, providing a precedent for new regulatory techniques and institutional arrangements, and the adoption and implementation of innovative financial mechanisms”.

Existen otras obligaciones específicas conforme a lo pactado en el Protocolo, una de ellas es que los Estados Parte deben presentar un informe anual de su producción y consumo de las sustancias, para que se pueda comprobar el cumplimiento de las medidas de control.

B. *Incentivos*

El Protocolo prevé incentivos para incorporarse al sistema, el primero de ellos que cada parte deberá prohibir, en términos generales, la importación de sustancias controladas procedente de cualquier Estado que no sea parte del mismo. Visto en otros términos muy generales, se pretende que solo aquellos que forman parte del grupo de Estados parte tengan la exclusividad de la producción y comercio de ODS.

A los países menos industrializados, el protocolo concede, como regla general, un plazo de diez años más para la sustitución de las SAOs que los países más industrializados. Bien puede ser esta fórmula vista como una solución práctica a un compromiso real que pudieran adoptar los países en desarrollo vistos los grandes márgenes de riqueza y pobreza mundial, así como una ponderación de la contribución por país al adelgazamiento de la capa de ozono. Desde otra perspectiva, o mejor dicho con otro nombre, bien puede llamársele la aplicación de un principio distributivo de la justicia intrageneracional, además de cierta aplicación de una medida de responsabilidad por el daño causado actualmente.

Debe mencionarse que también existen, dentro de este régimen, incentivos económicos y financieros. En junio de 1990 se estableció un mecanismo financiero para la aplicación del Protocolo de Montreal, el Fondo Multilateral para la aplicación del Protocolo de Montreal. En este punto se quiere hacer una breve nota que a este Fondo, el primero creado por un AMA si no se considera así la CPM que constituyó el Fondo del Patrimonio Mundial, se le une el Fondo para el Medio Ambiente Mundial

(FMAM o GEF, por sus siglas en inglés), entre los ideados para costear la protección de los bienes que dichos instrumentos aspiran a proteger. Se volverá a este punto más adelante.

Este fondo opera, con la intervención de un Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral, para asistir a los países menos desarrollados para cumplir con sus obligaciones derivadas del Protocolo, nuevamente en aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

De acuerdo a la reciente información divulgada por el mismo Comité Ejecutivo, el 3 de julio de 2009 se habían aportado cerca de 2,548 millones de dólares en contribuciones para el Fondo, habiéndose destinado a más de 6,000 proyectos en 147 países. De acuerdo a los cálculos del Comité Ejecutivo, la instrumentación de estos proyectos representa que no se hayan consumido 258,574 ODP (PAO o potencial de agotamiento de ozono, por sus siglas en inglés) toneladas de SAOs y se haya evitado la producción de 195,013 toneladas de las mismas sustancias.⁵⁰⁸

C *Estructura institucional*

La estructura orgánica del Protocolo está constituida por la CoP y CoP en su calidad de Reunión de las Partes (RdP o MoP), la Secretaría del Ozono, el Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral para la Aplicación del Protocolo de Montreal que cuenta con su propia Secretaría, los Grupos de Evaluación Científica, de Evaluación de los Efectos Ambientales, y de Evaluación Tecnológica y Económica, y, por supuesto, el Comité de Implementación.

⁵⁰⁸ Para mayor detalle de las actividades del Comité Ejecutivo pueden el último reporte del Comité Ejecutivo *UNEP/OzL.Pro/ExCom/58/53* del 10 de julio de 2009 y *UNEP/OzL.Pro/ExCom/58/53/Corr.1* del 16 de septiembre de 2009 (español y árabe, solamente), en particular el Anexo 1. Para una visión sintética y accesible véase Multilateral Fund for the Implementation of the Montreal Protocol, *Creating a real change for the environment*, Montreal, Canadá, 2007. Toda esta documentación y demás publicaciones pueden accederse en el sitio electrónico del Fondo <http://www.multilateralfund.org/>.

Las CoPs y CoPs/RdPs dan un gran dinamismo al Protocolo. En estas reuniones se puede ajustar y/o enmendar el Protocolo, ya sea que los ajustes afectan las medidas de control ya incluidas o se apliquen enmiendas a las nuevas sustancias o se modifiquen las disposiciones del texto del instrumento.

El proceso de creación normativa ha llamado la atención en el denominado derecho institucional internacional. A este respecto se puede mencionar que en la literatura especializada se ha calificado como “novedoso” a las “facultades significativas para legislar” de este particular régimen. No se olvide que las CoPs pueden enmendar protocolos con el concurso de una mayoría calificada y las CoPs/RdPs pueden hacer ajustes vinculantes a las partes sin posibilidad de objeción con el voto mayoritario de dos terceras partes presentes y con derecho de voto, siempre y cuando representen al menos el 50% del total de consumo de SAOs.⁵⁰⁹

La peculiar actividad de las RdPs queda probada por el gran número de enmiendas que ha sufrido el Protocolo, léase: la de Londres en 1990 que ha sido ratificada por 193 países; Copenhague, de 1992, ratificada por 190; Montreal del 1997, ratificada por 177, y Beijing de 1999, ratificada solo por 158.⁵¹⁰

Otro ejemplo del dinamismo que trae consigo la facultad de enmendar el protocolo de manera acelerada se observó en la misma RdP-2, en la que se creó el Fondo Multilateral para la aplicación del Protocolo de Montreal.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Sands, Philippe *et al.*, *Bowett. Bowett's Law of International Institutions*, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 123, secciones 4-020 y 4-021.

⁵¹⁰ Por citar, entre los ajustes destacados se puede mencionar que en la Segunda Reunión celebrada en Londres en 1990 (Rdp-2), los Estados Parte ajustaron los cronogramas para que los cinco CFCs y tres halones incluidos en el protocolo se eliminaran hacia el 2000, así como otros CFCs halogenados y tetracloruros de carbono. De igual forma otro SAO, el metilcloroformo, se controlaría y eliminaría hacia 2005 (actualmente hasta 2015). En la misma RdP-2 se habría previsto sustituir a los CFCs con HCFCs, que tienen un potencial bajo de disminución del ozono y en algunos casos, no en todos, una vida en la atmósfera corta, por lo que se les clasificó en un anexo separado como sustancias transitorias.

⁵¹¹ También habría de recordarse que durante al RdP-4 en Copenhague en 1992, se decidió eliminar los CFCs, tetracloruros de carbono y metilcloroformo

De lo mencionado se observa una actividad de las RdPs como en pocos tratados puede observarse, que además tienen asignada la función de elegir a los miembros del Comité Ejecutivo del Fondo.

La Secretaría del Ozono, administrada por el PNUMA, asiste en todas las reuniones de las partes, sus comités y grupos de trabajo, tiene a su cargo el registro de Estados Parte, estructura los datos e información proporcionados por las partes, publica comunicados y documentación especializada. No es desdeñable su labor encaminada a facilitar los reportes de las partes,⁵¹² que son unos de los más complejos entre los Acuerdos Ambientales Multilaterales (AMAs o MEAs, por sus siglas en inglés).

El Comité Ejecutivo del Fondo Multilateral para la aplicación del Protocolo de Montreal,⁵¹³ por lo que se ha señalado, es, sin duda, una institución de la mayor trascendencia. El Fondo Multilateral tiene su propia Secretaría en Montreal para ayudar al Comité Ejecutivo a satisfacer las necesidades de los países en desarrollo y se auxilia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD o UNDP por sus siglas en inglés), del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA o UNEP, por sus siglas en inglés), del Banco Mundial (BM o WB, por sus siglas en inglés), de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI o UNIDO, por sus siglas en inglés).

en 1994 y 1996, además de prohibir los HCFC para el 2030, ya que se pretendía primero estimular su reemplazo en lugar de los CFCs. Esta medida tiene sus bemoles, ya que más adelante se sabría que estas sustancias pueden tener un mucho mayor potencial de calentamiento global (PCG o GWP por sus siglas en inglés). También es digno de resaltar de esta reunión, la creación del Comité de Implementación, cuya función es examinar los casos de posible incumplimiento de las Partes y realizar recomendaciones a las RdPs con el objetivo de garantizar el cumplimiento total.

⁵¹² Para este último efecto elabora manuales, circulares, guías y formatos, entre otras actividades.

⁵¹³ El Comité Ejecutivo se conforma por 7 miembros de países desarrollados y otros 7 de los demás Estados parte y a la fecha ha celebrado 58 sesiones.

Los Grupos de Evaluación Científica, de Evaluación de los Efectos Ambientales, y Evaluación Tecnológica y Económica elaboran reportes y resúmenes ejecutivos que son publicados y empleadas en las Reuniones de las partes para ajustar o enmendar el protocolo. De esta manera, los Estados partes y, en general, el público puede acceder a información elemental para comprender el fenómeno de la degradación de la capa de ozono.

¿Qué otros aspectos podrían ser importantes para un estudio intergeneracional? Sin duda el Protocolo de Montreal pretende evitar consecuencias atmosféricas para el futuro. A pesar de ello, sólo para mostrar un indicativo y con los datos que tenemos a la vista, bien puede señalarse que la nuestra es hoy la generación futura que resiente los daños de generaciones pasadas.⁵¹⁴

Los estudios de los grupos derivados del Convenio de Viena y del Protocolo de Montreal, sin duda, son de gran utilidad para la formulación de estrategias en las Reuniones de las partes y debe cuidarse que, aunque el Protocolo de Montreal está funcionando, “el incumplimiento de las disposiciones del Protocolo de Montreal podría retrasar o incluso obstaculizar la recuperación de la capa de ozono”,⁵¹⁵ como se ha advertido en dichos estudios.

Si de alguna forma se quiere conocer los frutos del Protocolo de Montreal o sus expectativas, es a través de los trabajos de los grupos especializados creados por él mismo. Para dar muestra de ello se reproduce la gráfica presentada en el informe del Grupo de Evaluación Científica, estudio que señala que la recuperación de la capa de ozono podría tardar más de lo proyectado en el es-

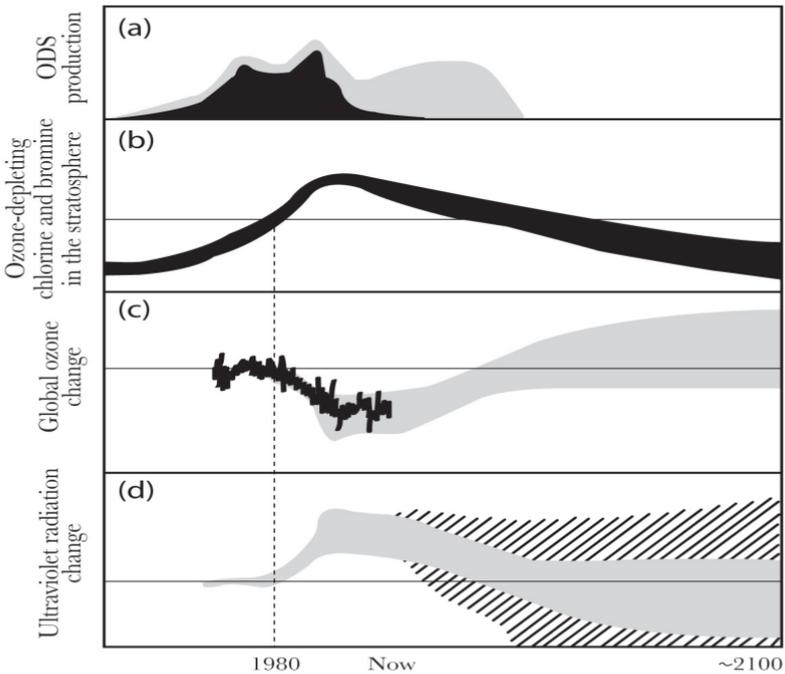
⁵¹⁴ De acuerdo al estudio realizado por el Grupo de Evaluación de los Efectos Ambientales, algunas enfermedades como las cataratas corticales y nucleares, pterigios (crecimientos de carnosidades en los ojos), nubes, algunos tipos de carcinomas y melanoma están asociados a la radiación UV, resultante de la afectación de la capa de ozono.

⁵¹⁵ PNUMA, “Presentación del informe de síntesis de las evaluaciones del Grupo de Evaluación Científica, el Grupo de Evaluación de Efectos Ambientales y el Grupo de Evaluación Tecnológica y Económica correspondiente a 2006”, UNEP/OzL.Pro.WG.1/27/3, p. 4.

tudio de 2002 y que podría volverse a los niveles registrados antes de 1980 alrededor de 2050.⁵¹⁶

GRÁFICA

OZONE-DEPLETING SUBSTANCES, THE OZONE LAYER, AND UV RADIATION: PAST PRESENT AND FUTURE



(a) Producción of ozone-depleting substances (ODSs) before and after the 1987 Montreal Protocol and its Amendments from baseline scenario A1

⁵¹⁶ WMO/UNEP, *Scientific Assessment of Ozone Depletion, 2006: Executive Summary*, Global Ozone Research and Monitoring Project report, no. 50, Geneva, Switzerland: World Meteorological Organization, 2007. Accesible en http://ozone.unep.org/Assessment_Panels/SAP/Scientific_Assessment_2006_Exec_Summary.pdf, consultado el 20 de septiembre de 2009.

Chlorofluorocarbons (CFCs) are shown in black; additional ODSs from hydrochlorofluorocarbons (HCFCs) are in gray.

NOTE: HCFCs which have been used as CFC replacements under the Protocol, lead to less ozone destruction than CFCs.

- (b) Combined effective abundances of ozone-depleting chlorine and bromine in the stratosphere. The range reflects uncertainties due to the lag time between emission at the surface and the stratosphere, as well as different hypothetical ODS emission scenarios.
- (c) Total global ozone change (outside of the polar regions; 60°S-60°N). Seasonal, quasibiennial oscillation (QBO) volcanic, and solar effects have been removed. The black line shows measurements. The gray region broadly represents the evolution of ozone predicted by models that encompass the range of future potential climate conditions. Pre-1980 values, to the left of the vertical dashed line are often used as a benchmark for ozone and UV recovery.
- (d) Estimated change in UV erythemal (“sunburning”) irradiance for high sun. The gray area shows the calculated response to the ozone changes shown in (c). The hatched area shows rough estimates of what might occur due to climate-related changes in clouds and atmospheric fine particles (aerosols).

Se debe dedicar una breve reflexión sobre el siguiente punto: si se habla de cálculos sobre daños en efectos lejanos, no debe ser por otra causa más que por el sentimiento de la responsabilidad a las futuras generaciones.

D. *Imposiciones, sanciones y/o cargas*

Poder acudir al Fondo es, sin duda, uno de los mayores estímulos del Protocolo de Montreal; sin embargo, el empleo de estos recursos trae aparejada una serie de responsabilidades. No resulta extraño, por tanto, que a las naciones beneficiadas se les solicite periódicamente informes financieros actualizados sobre la utilización de los fondos desembolsados para las obras amparadas en los proyectos aprobados o que se les proporcione “asistencia” para adecuar su legislación sobre las SAO durante el último tramo de los planes de gestión de eliminación definitiva (incluyendo

comercio exterior). Recae la responsabilidad de manera general sobre un oficial superior de supervisión y evaluación, con las atribuciones que así le ha asignado el Comité Ejecutivo (decisiones 56/8 e) y 57/12), quien evalúa, con la ayuda de consultoras independientes, la efectiva realización de los proyectos.⁵¹⁷

Ahora bien, quizá el mecanismo más llamativo del Protocolo de Montreal es el procedimiento en caso de incumplimiento (NCP, por sus siglas del inglés *Non-compliance procedure*) y el comité creado para tal efecto.⁵¹⁸ Desde 1992, año en que fue creado este mecanismo, atrajo la atención de la academia ante la posibilidad de desdibujar la delgada línea entre la responsabilidad estatal y la violación a la norma, manifestada de manera eufemística “no cumplimiento” y la instrumentación de un procedimiento *sui generis* enfocado a concretar la norma.⁵¹⁹ No se cree, en principio, que la creación del mecanismo haya sido con vistas atentatorias a la estructura del derecho internacional general. Por otro lado se cree que, en su tiempo, obedeció más a una intención pragmática de hacer efectiva a la norma, sin dejar a un lado la mecánica del derecho internacional que acude en forma supletoria. Por supuesto que el análisis de este fenómeno ha merecido y merece atención.

Regresando al tema, dentro del NCP se contempla la creación de un Comité de Aplicación que puede realizar recomendaciones a las partes para procurar que éstas se ajusten a los com-

⁵¹⁷ La descripción y calificaciones del puesto se encuentran descritas en el Anexo IV del reporte del Comité Ejecutivo *UNEP/OzL.Pro/ExCom/58/53* del 10 de julio de 2009.

⁵¹⁸ Este NCP fue establecido mediante la Decisión IV/5 en la Rdp/COP de Londres y revisado en 1998 a través de la decisión X/10 y obra como Anexo II del informe de la Décima Reunión de las Partes. Puede consultarse en PNUMA, Manual del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la Capa de Ozono, Nairobi, 7a. ed., 2006, pp. 440 y 441. <http://ozone.unep.org/spanish/Publications/MP-Handbook-07-es.pdf>, consultado el 7 de noviembre de 2009.

⁵¹⁹ Véase Koskennemi, Martti, “Breach of a Treaty or Non-Compliance? Reflections on Enforcement of the Montreal Protocol”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1992.

promisos del Protocolo de Montreal. Estos procedimientos por incumplimiento ante el Comité pueden ser iniciados por una parte en contra de otra, por la Secretaría del Ozono o por la parte incumplida misma. Desde los primeros casos, esta última opción ha sido la más socorrida ante la renuencia de los Estados parte o la Secretaría a exponer el incumplimiento de algún país. Victor, en el estudio que dedica a este NCP,⁵²⁰ destaca la aproximación pragmática y enfocada a la resolución de problemas del Comité de Aplicación, actitud que se ha mantenido con esa aspiración, se podría añadir.

Dentro del proceso en concreto, el Comité de Aplicación analiza la información que le presentan los Estados involucrados, los reportes del secretariado, la información que proviene del Comité Ejecutivo del Fondo, así como cualquier dato obtenido por otros medios. Con todo este bagaje, el Comité de Aplicación toma decisiones sobre las situaciones que le son presentadas, emite recomendaciones particulares y da seguimiento a unas y otras. Solamente en la cuadragésima segunda sesión del Comité, este cuerpo colegiado analizó dos obligaciones de presentación de datos, 25 actividades derivadas de planes de acción programados con Estados parte para regresar al buen cumplimiento de sus obligaciones emanadas del Protocolo de Montreal, un borrador de plan para un Estado parte, así como otras decisiones y recomendaciones relativas al cumplimiento de las partes.⁵²¹

Conforme a lo anterior, no es de extrañar que el Comité de Aplicación en sus decisiones y recomendaciones, solicite a los Estados Parte que están sujetos a proceso que presenten informes particulares en un plazo determinado o que realicen ciertas actividades. Estos informes pueden tratarse directamente de una

⁵²⁰ Véase Victor, David G., *The Early Operation and Effectiveness of the Montreal Protocols Non-compliance Procedure*, IEC Project, Laxenburg, Austria, International Institute for Applied Systems Analysis, 1995, pp. 29 y 37.

⁵²¹ UNEP/OzL.Pro/ImpCom/42/5, *Implementation Committee under the Non-Compliance Procedure for the Montreal Protocol*, Forty-second meeting, Geneva, 20-21 de julio de 2009.

explicación del motivo de la no observancia de sus compromisos o datos específicos sobre la producción, consumo o comercio de alguna SAO. Las actividades del Comité de Aplicación versan desde la presentación de un plan de acción con metas y plazos específicos hasta la petición de la presencia de un representante de la parte incumplida ante el propio Comité.

Una vez que la parte sometida a este proceso cumple con las observaciones del Comité, generalmente este cuerpo le reconoce y le congratula mediante una recomendación. Consecuentemente, el Comité informa a la RdP/CoP, que tomará una decisión al respecto,⁵²² de acuerdo a las facultades que, de manera indicativa son:

A. Asistencia adecuada, incluida asistencia para la reunión y presentación de datos, asistencia técnica, transferencia de tecnología y asistencia financiera, transferencia de información y capacitación.

B. Formulación de advertencias.

C. Suspensión, de conformidad con las normas del derecho internacional aplicables a la suspensión de las disposiciones de un tratado, de derechos y privilegios concretos reconocidos en el Protocolo, tanto si están sujetos a un plazo como si no lo están, incluidos los derechos y privilegios relativos a racionalización industrial, producción, consumo, comercio, transferencia de tecnología, mecanismos financieros y arreglos institucionales.⁵²³

Quizá la economía y discreción de estos procedimientos han atraído la atención de diferentes espectadores. No es extraordinario, por tanto, que el Protocolo de Kioto siguiera los pasos del

⁵²² Las decisiones tomadas hasta el 2006 pueden ser consultadas en, *ibidem*, p. 229-320.

⁵²³ *Idem*, p. 442. Tomada del Anexo V del informe de la Cuarta Reunión de las Partes. Desde las primeras resoluciones, la RdP/CoP ha adoptado la mayor parte del contenido de las resoluciones del Comité de Aplicación, véase Victor, David G., *op. cit.*, nota 520, p. 29.

Protocolo de Montreal e incluyera después de largos años un mecanismo de cumplimiento similar.

4. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático-Protocolo de Kioto*

La primera particularidad que se debe observar de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC o UNFCCC, por sus siglas en inglés) es la misma estructura del tratado multilateral que permite la derivación de protocolos como el que se presenta a estudio, de manera similar a la Convención de Viena-Protocolo de Montreal. Así lo habría encomendado la Asamblea General de Naciones Unidas en la resolución titulada “Protección del Clima Global para las Generaciones Presentes y Futuras”⁵²⁴ al Comité Negociador Intergubernamental, grupo al que le instruyó la consigna de preparar una convención marco que contuviera, “los compromisos apropiados”.⁵²⁵ Podría parecer demasiada obvia la observación de la naturaleza accesoria del Protocolo de Kioto, acuerdo derivado de un acuerdo ambiental multilateral formulado de esa manera; a pesar de ello, ha de notarse que la formulación de convenciones marco puede ser particularmente útil cuando existen opiniones encontradas sobre un tema, en ciertas materias en que tratar de definir obligaciones específicas sea imposible en el primer texto, tal como ocurría por aquellos años con el tratamiento que debe darse al problema del cambio climático.

A. *Obligaciones específicas para las partes*

Por la naturaleza difusa de la UNFCCC y el objetivo general orientado a la “estabilización de las concentraciones de gases de

⁵²⁴ “*Protection of global climate for present and future generations of mankind*”, resolución 43/53 del 6 de diciembre de 1988 de esta Asamblea General de la ONU.

⁵²⁵ A/RES/45/212, Adopted at the 71st plenary meeting, 21 de diciembre de 1990.

efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático” contrastado con el no uso de términos más drásticos como “reducción” o “eliminación” y la ausencia de herramientas efectivas para luchar contra el cambio climático, los Estados parte, reunidos en la III Conferencia sobre Cambio Climático, celebrada en Kioto en 1997, formularon el protocolo que sí contaría con compromisos específicos y mecanismos de cumplimiento más vigorosos. Sobre este último instrumento se concentrará en el estudio.

Mediante el Protocolo de Kioto, los Estados parte de economías industrializadas habrían de comprometerse a reducir sus emisiones de gases provocadores del cambio climático en un 5% en comparación a las emisiones que existían en 1990. El ajuste se refería a emisiones globales por lo que cada país tendría una meta en, específica de reducción, seis gases principales: Dióxido de carbono (CO₂), Metano (CH₄), Óxido nitroso (N₂O), Hidrofluorocarbonos (HFC), Perfluorocarbonos (PFC) y Hexafluoruro de azufre (SF₆).

Separar las obligaciones que los distintos países tienen respecto al Protocolo de Kioto resulta por demás interesante y la dinámica establecida puede ser observada desde distintas ópticas.

Hay que resaltar la aplicación del principio de “responsabilidad común pero diferenciada” que se ve reflejada en las obligaciones impuestas a las partes de acuerdo a su nivel de contribución al calentamiento del planeta y su nivel de progreso; por consecuencia, son mayores los compromisos de los países desarrollados y menores aquellos de las economías en crecimiento.

No resultó fácil aplicar dicho principio tomando en cuenta que en Kioto, como un compromiso global, se buscó que se redujeran las emisiones de GEI para el 2000 al nivel que se había alcanzado en 1990. Aunado a la dificultad de establecer criterios para establecer niveles de reducción diferenciados, los EUA, país productor de cerca de una cuarta parte de GEI —a pesar de que solo representa al 4% de la población mundial—, no ratificó el Protocolo de Kioto, situación que causó una notable desazón y

controversia. Las razones por parte de los EUA para no ratificar el Protocolo de Kioto merecen cuidadosa atención y han sido analizadas en numerosos estudios.⁵²⁶

Como consecuencia de los antecedentes expuestos, el Protocolo divide dos grupos de países. Por un lado nombra a un primer grupo en el Anexo I, integrado por países desarrollados miembros de la OCDE en 1992 y otros países con economías en transición, entre ellos la Federación Rusa; y, por otro lado, conforma a un segundo grupo de países no incluidos en el Anexo I de países en vía de desarrollo, de mayor vulnerabilidad a los efectos del calentamiento de la Tierra y con una infraestructura económica limitada para reducir emisiones de GEI.

a. Países “Anexo I”

De acuerdo a lo dispuesto por el Protocolo de Kioto, las partes del “Anexo I” (partes AI) tienen la obligación principal emanada de dicho acuerdo:

...la reducción de emisiones, imposición a la que no están sometidos aquellos Estados no incluidos en el Anexo I. Específicamente, los países “Anexo I” deberán reducir en conjunto sus emisiones 5% en el primer periodo de compromiso, comprendido entre los años de 2008 y 2012, con respecto a los niveles de 1990.

La diferenciación de niveles de reducción de GEI se intentó particularizar aún más allá, país por país. Bajo esa fórmula, a los EUA, de haber ratificado, le hubiera correspondido reducir sus emisiones en un 7%; la Unión Europea (UE-15)⁵²⁷ quedó obliga-

⁵²⁶ Véase Harris, Paul G., “Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy”, *N.Y.U. Environmental Law Journal*, vol. 7, 1999, pp. 27-48. Dicho país ha argumentado, entre otras razones, que la aplicación dañaría gravemente la economía de su país y que no exige a los países en desarrollo un recorte de las emisiones de gases.

⁵²⁷ Los 15 países que la conformaban en aquel año: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxem-

da en un 8%, Japón en un 6%, mientras que Australia, en contraste, podría aumentar sus emisiones en un 8%.

El caso de la UE-15 es por demás peculiar, pues al firmar el Protocolo de Kioto, dicha unión intergubernamental se comprometió en bloque a reducir sus emisiones de GEI en un 8%;⁵²⁸ por ende, la Comunidad, como signataria y parte en el Protocolo, está obligada a custodiar que los Estados que la conforman se conduzcan individualmente para lograr el objetivo de Kioto, por lo que fija los objetivos particulares por país.⁵²⁹

Adicionalmente, las partes AI tienen el deber de cooperar con otras del mismo grupo para fomentar la eficacia individual y global de las medidas tendientes a reducir o eliminar los GEIs, así como otros deberes que no parecen tener una gran fuerza obligatoria por la misma expresión en la que se redactó el párrafo respectivo. Por ejemplo, se dice en el Protocolo “procurarán limitar o reducir las emisiones” en referencia a los GEIs generados por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional.

Países No “Anexo I”

Ya se ha mencionado que las Partes No “Anexo I” (NAI) no tienen una obligación concreta de reducción de GEI, a diferencia de aquellas partes que sí se encuentran listadas en dicho anexo, que tienen una meta específica para el periodo 2008-2012. Ello no

burgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia. Los nuevos Estados miembros continuaron con sus compromisos como se establecieron en Kioto, éstos son: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa y Rumanía, más los candidatos oficiales a formar parte de la UE: Croacia, Macedonia y Turquía, así como los potenciales candidatos: Albania, Bosnia y Herzegovina, Islandia, Montenegro y Serbia.

⁵²⁸ A esta distribución de carga se le conoce como “burbuja comunitaria”.

⁵²⁹ Expresado en porcentajes quedó de la siguiente manera: Alemania -21, Austria -13, Bélgica -7.5, Dinamarca -21, España +15, Finlandia 0, Francia 0, Grecia +25, Irlanda +13, Italia -6.5, Luxemburgo -28, Países Bajos -6, Portugal +27, Reino Unido -12.5 y Suecia +4.

significa que los NAI no tengan compromisos derivados del CMNUCC y del Protocolo de Kioto, sí los tienen y se dará un breve recuento de ellos, aunque se traten de compromisos conjuntos.

*b. Obligaciones conjuntas Países “Anexo I”
y Países No “Anexo I”*

Una primera obligación conjunta de todos los Estados Parte, es la obligación de proporcionar información sobre la aplicación de la CMNUCC, deber derivado del párrafo 1 del artículo 4o. de la CMNUCC y párrafo 1 del artículo 12 del protocolo.

Para la elaboración de las comunicaciones de las NAI se establecieron ciertas directrices⁵³⁰ encaminadas a que la presentación de la información fuera coherente, transparente, comparable, y flexible, de acuerdo a las circunstancias nacionales específicas, bajo el criterio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de las partes.

En dichas comunicaciones, los NAI están obligados a presentar un Inventario Nacional de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero en el que se debe incluir la información pertinente a las fuentes de emisiones antropogénicas y de absorción por sumideros de GEIs. Para las comunicaciones de los Estados, se utilizan las seis categorías de emisión puntualizadas por el PICC; es decir, energía, procesos industriales, solventes, agricultura, uso-cambio de uso de suelo-silvicultura y Desechos.

El mismo artículo 4o. de la CMNUCC continúa con las obligaciones específicas para los Estados Parte, tales como la creación de programas nacionales que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático; cooperación, incluida la transferencia de tecnología, para aplicar prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antropógenas de GEI; reforzar o crear sumideros y depósitos de GEI; cooperar en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; pre-

⁵³⁰ Decisión 17/CP.8.

parar en su ámbito interno las políticas y medida de adaptación al cambio climático; cooperación para la investigación en diversas áreas; intercambio pleno, abierto y oportuno de la información sobre el cambio climático; educación, capacitación y sensibilización del público respecto del cambio climático y estimulación de la participación más amplia de todos los sectores. Esto es, a muy grandes rasgos, lo que implica para las partes la membresía a la CMNUCC y, sin duda, tienen orientación hacia el futuro.

B. *Incentivos*

Entre los estímulos que contempla el Protocolo de Kioto se encuentran una serie de “Mecanismos de Flexibilidad” para incentivar a las partes al cumplimiento del pacto. Los tres mecanismos (artículos 6o., 12 y 17) pueden abatir los costos de mitigación del cambio climático para las partes anexo I. Se puede decir que se les da a las partes la opción de reducir sus emisiones o aumentar sumideros de carbono en otras regiones con menor desarrollo de una manera más económica. Igualmente, se crea un mercado de emisiones. Regresando a los tres mecanismos, éstos son:

Implementación conjunta: el artículo 6o. autoriza a todos los países incluidos en el anexo I a transferir y adquirir Unidades de Reducción de Emisiones (ERUs, por sus siglas en inglés). Estas ERUs pueden tener su origen en proyectos que hayan sido orientados a la reducción GEIs o el incremento de sumideros de gases causados por actividad humana.⁵³¹ Las ERUs pueden ser utilizadas por las partes para cumplir sus metas de reducción.

Mecanismo de desarrollo limpio (MDL): a diferencia del mecanismo de implementación conjunta, para que este mecanismo se produzca, un país que no encuentre en el Anexo I debe recibir los beneficios de los proyectos de reducción de GEIs.

⁵³¹ Un sumidero es un proceso por el cual se absorbe de la atmósfera un GEI. El Protocolo de Kioto considera como sumideros las actividades de forestación, reforestación, usos de la tierra, cambio de uso de la tierra y la silvicultura (artículo 3.3 y 3.4).

Podría decirse que con este mecanismo se busca que los países industrializados impulsen proyectos para ayudar a los países menos desarrollados a reducir las emisiones de GEIs. Como retribución, el país más desarrollado recibe créditos que puede aplicar para dar cumplimiento a sus propias metas de emisión.

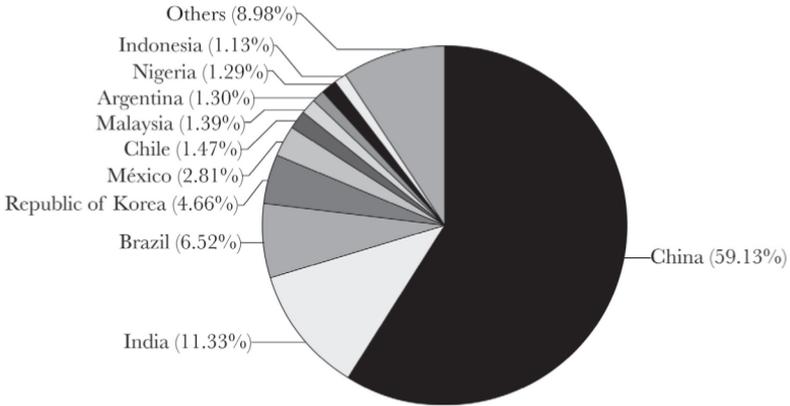
Sin duda, la idea de este mecanismo es de lo más seductora, los países en desarrollo receptores pueden recibir los beneficios asociados a la transferencia de la tecnología que se emplea para reducir sus emisiones y la inversión requerida para ello; por consiguiente, su eficiencia, costo de producción e inclusive margen de utilidad podría aumentar.⁵³²

De acuerdo a las cifras presentadas por el Secretariado de la CMNUCC, hasta el 2008 se habían registrado más 1,000 proyectos equivalentes a la emisión de ciento treinta y cinco millones de CERs o, dicho en otras palabras, la disminución a la misma cantidad equivalente en toneladas de CO₂. Aunque son pocos los años de operación, se espera que la emisión de CERs ascienda a más de dos mil setecientos millones, por lo que este número podrá hacer interesante el comercio de emisiones.⁵³³ El siguiente cuadro ilustra la forma que se proyecta y se distribuirán los porcentajes de emisiones de CERs de acuerdo a países receptores, observándose que China es el país que ha sido mayormente beneficiado, seguido de lejos por India, Brasil, Corea del Sur y México.

⁵³² Sobre este tema, desde el punto de vista económico, hay un gran número de estudios. Véase UNCTAD, TD/B/C.I/EM.1/2, Report of the Expert meeting on trade and climate change: trade and investment opportunities and challenges under the Clean Development Mechanism (CDM), Geneva, 1-3 de abril de 2009. El mismo UNCTAD ha desarrollado, en conjunción con otras organizaciones, gobiernos e individuos, la obra “El mecanismo de desarrollo limpio: guía de orientación de 2009”, http://www.unctad.org/sp/docs/cdm2009_sp.pdf, consultado el 10 de octubre de 2009.

⁵³³ Secretariado del Cambio Climático, “Kyoto Protocol clean development mechanism passes 1000th registered project milestone”, *Press Release*, Bonn, 14 de abril de 2008. http://unfccc.int/files/press/news_room/press_releases_and_advisories/application/pdf/pressrel_080414_1000.pdf, consultado el 10 de octubre de 2009.

EXPECTED AVERAGE ANNUAL CERs FROM REGISTERED PROJECTS BY HOST PARTY. TOTAL 318,942,814

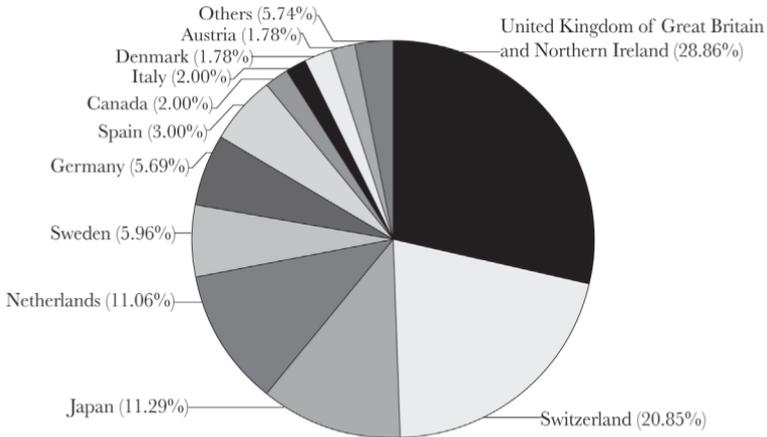


FUENTE: <http://cdm.unfccc.int> (c) 30.09.2009 16:52.

Comercio de emisiones: el artículo 17 del Protocolo de Kioto establece que las partes del Anexo I podrán participar en actividades de comercio de “Certificados de emisión de gases de efecto invernadero”. Las actividades del comercio de emisiones serán suplementarias a las medidas nacionales que se adopten para cumplir los compromisos cuantitativos de limitación y reducción de emisiones.

Con un corte eminentemente económico, se pretende que los países que realizan los proyectos de inversión cuenten con el beneficio de poder comerciar sus CERs o utilizarlos para cumplir sus propios compromisos. He aquí una referencia de cómo se proyecta que los proyectos registrados hasta el 2009 proveerán de CERs a las naciones que los han patrocinado.

REGISTERED FROM REGISTERED PROJECTS BY AL
AND NAI INVESTOR PARTIES



FUENTE: <http://cdm.unfccc.int> (c) 30.09.2009 16:52.

Además de los “mecanismos”, se puede mencionar que entre otros estímulos para procurar dar cumplimiento al Protocolo de Kioto se encuentra el acceso al FMAM o GEF. A pesar de que dicho fondo no es exclusivo del Protocolo de Kioto o del cambio climático, sí es una excelente herramienta para que los países en desarrollo o aquellas economías en transición puedan acceder a caudales frescos para poder cubrir el costo incremental de proyectos encaminados a proteger y utilizar racionalmente el medio ambiente mundial. La limitación temática para acceder al Fondo se refiere a que los proyectos deben destinarse a actividades que conciernen a la diversidad biológica, cambio climático, aguas internacionales y/o agotamiento de la capa de ozono.

C. Estructura institucional

Nuevamente se retoma la idea de una Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes como órgano superior de la CMNUCC y del Protocolo de Kioto. Mucho es lo que se puede platicar sobre el contenido de dichas reuniones, debemos discriminar y sólo para dar un recuento resumido de las CoP/RdP presentamos la siguiente tabla:

<i>Número de CoP, Lugar y Año</i>	<i>Resumen</i>
CoP I Berlín 1995	160 países firmaron el 'Mandato de Berlín' que establecía la voluntad de reducir GEIs, sin marcar cifras o plazos
CoP II Ginebra 1996	Se asumió la contribución antropogénica al cambio climático y la necesidad de fijar 'objetivos cuantitativos legalmente vinculantes'
CoP III Kioto 1997	Se acordó el Protocolo de Kioto en el que se establecieron compromisos cuantitativos de reducción de GEI diferenciadas entre países desarrollados y países en transición hacia una economía de mercado. En ese mismo texto se identificarían seis gases a los que se les atribuye mayor responsabilidad por el calentamiento global
CoP IV Buenos Aires 1998	Se aprobó la Agenda 2000 que aplaza hasta ese año la operación del Mecanismo de Desarrollo Limpio
CoP V Bonn 1999	Se evidenciaron las grandes diferencias económicas que separan a los países del orbe
CoP VI La Haya, 2000	No se superan los desacuerdos, afloran diferencias entre UE y los EUA
CoP VII Marrakech 2001	Se logró, con dificultades, la creación de un comité de control, del Fondo Especial de Cambio y del Fondo de Adaptación y se establecieron sanciones ante el eventual incumplimiento de compromisos de reducción. Se crearon reglas para sumideros, contabilidad de las emisiones, la financiación y los países en desarrollo
CoP VIII Nueva Delhi 2002	No se reflejan resultados claros. Se observa diferencia entre países desarrolladas <i>vis-à-vis</i> China y otros países en vías de desarrollo
CoP IX Milán 2003	Se respalda al Protocolo de Kioto aunque no se consigue su entrada en vigor.

<i>Número de CoP, Lugar y Año</i>	<i>Resumen</i>
CoP X Buenos Aires 2004	Siguen los desacuerdos, se enfatiza la necesidad de sopesar los costos de adaptación, especialmente para países en vías de desarrollo
CoP XI Montreal 2005	A pesar de haber entrado ya en vigor el Protocolo de Kioto, se habla de la necesidad de un acuerdo con mayores alcances y de involucrar a países como los EUA, Japón y Canadá
CoP XII Nairobi 2006	Se habla de reducir un 50% la emisión de GEIs con respecto a los niveles del 2000 sin mencionar fecha. Se califican como “pobres” sus resultados
CoP XIII Bali 2007	Se adoptó el Plan de Acción de Bali en el que se establece que las negociaciones de 2008 y 2009 deben enfocarse hacia un nuevo tratado que sustituya al protocolo de Kioto.
CoP XIV Poznań 2008	Se discutieron los temas trazado en Bali: mitigación, adaptación, tecnología y financiación, más la llamada ‘visión compartida’
CoP XV Copenhague 2009	Falló la negociación de un acuerdo que sustituyera el Protocolo de Kioto para el 2012, sólo se alcanzó un acuerdo parcial y no vinculante.
CoP XVI Cancún 2010	Se acordaron dos grados centígrados como tope máximo y se creó un Fondo Verde para los países subdesarrollados

Bajo la autoridad de la CoP/RdP actúa el Consejo Ejecutivo del MDL en operaciones desde el 2006. Dicho Consejo verifica y registra los proyectos que han sido autorizados por las Autoridades Nacionales Designadas de los Estados. Una vez obtenido el registro por parte del Consejo Ejecutivo y pasado el ciclo establecido en cada proyecto, el Estado Parte Anexo I que patrocinó el proyecto se hace merecedor de los Certificados de Reducción de Emisiones (RCEs o CERs, por su acrónimo en inglés) o Unidades de Reducción de Emisiones⁵³⁴ (URE o RMUs en inglés), que le correspondan.

⁵³⁴ Aunque del mismo corte, las unidades que se obtienen de las actividades de captura de carbono se denominan RMUs,

Posteriormente, un tercero independiente debe verificar los proyectos cada año, información que será entregada al Consejo Ejecutivo. Esto constituye una herramienta del referido consejo de control y monitoreo para evitar la posibilidad de generación CERs por medios inapropiados.

D. *Imposiciones, sanciones y/o cargas*

El modelo de NCPs se extrajo en parte del Protocolo de Montreal para adecuarlo a las particularidades del Protocolo de Kioto. Ahora, se puede preguntar ¿por qué nuevamente se usan medios de cumplimiento distintos a los del derecho internacional general? Por lo menos en la doctrina, Catherine Redgwell ha anotado que el “recurso a estos procedimientos es una evidencia a la creciente toma de conciencia de lo inadecuado que resultan las reglas tradicionales del derecho internacional general concernientes a la violación de tratados y responsabilidad estatal para enfrentar los problemas del cumplimiento de los tratados ambientales”.⁵³⁵

La RdP/CoP no aprobó en el “primer período de sesiones”, como indica el artículo 18 del Protocolo de Kioto, los “procedimientos y mecanismos apropiados y eficaces para determinar y abordar los casos de incumplimiento”; en 1998 se estableció en Buenos Aires un grupo de trabajo conjunto dedicado al desarrollo del tema. Sería en Marrakech donde finalmente se llegaría a un acuerdo para formalizar el NCP del Protocolo de Kioto.

Bien clara es la doble división del Comité Encargado del Cumplimiento, una para “facilitación” y otra para el “control del cumplimiento”, compuesta cada subdivisión por 10 miem-

⁵³⁵ Redgwell, Catherine, “Non-Compliance Procedures and the Climate Change Convention”, en Chambers, W. Bradnee (ed.), *Inter-Linkages, The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regimes*, UNU Policy Perspectives, 5, Tokyo, University Press, 2001, p. 43. Diría la autora: “Recourse to such procedures is evidence of a growing awareness that traditional rules of international law concerned with material breach of treaty obligations and with state responsibility are inappropriate to address problems of environmental treaty implementations”.

bros. Para la integración, se consideran 5 representantes de cada una de las cinco regiones oficiales de las Naciones Unidas (África, Asia, América Latina y el Caribe, Europa central y oriental y Europa occidental y otros Estados) uno de los pequeños Estados insulares en desarrollo, y los últimos 4 representantes se reparten dos para las Partes AI y dos para países No AI. Esta última repartición cobra relevancia en la toma de decisiones, particularmente en lo que se refiere al “control de cumplimiento”. Para tomar una decisión en este último sentido, además de ser necesaria la adopción por mayoría de las tres cuartas partes, se requiere que la mayoría de los cuatro representantes de países AI y No AI.

La facultad para iniciar un proceso está radicada en las partes, ya sea que: i) ellas mismas consideren haber caído en incumplimiento, ii) que otra parte proporcione documentación en ese sentido o iii) los comités de expertos que revisan los informes de las partes, de conformidad con el artículo 8o. del Protocolo, proporcionen datos en ese sentido. Como puede evidenciarse, el trámite es similar al NCP del Protocolo de Montreal.

El órgano encargado del NCP del protocolo está dividido en dos grupos. El primero de ellos dedicado a labores de asistencia a los Estados parte, con enfoques preventivos y, el segundo grupo con facultades decisorias, tanto preliminares como definitivas.

Ahora bien, ¿hasta dónde llegan las sanciones que puede imponer el segundo grupo de control del cumplimiento? Es preferible dar en este punto un enfoque casuístico. En el caso de Grecia el grupo de cumplimiento ratificó, en su decisión definitiva, lo que habría adoptado como conclusión preliminar de la siguiente manera:

- a) Declara el incumplimiento por parte de Grecia.
- b) Grecia deberá elaborar un plan según lo previsto en el párrafo 1 de la sección XV y presentarlo en un plazo de tres meses al grupo de control del cumplimiento de conformidad con el párrafo 2 de la sección XV. El plan deberá indicar con precisión medidas que permitan mantener el sistema nacional durante los períodos de transición e incluir disposiciones administrativas apropiadas

para que el equipo de expertos pueda realizar un examen en el país del nuevo sistema nacional de Grecia, coordinado por la secretaría junto con el examen de un informe de inventario anual elaborado por ese sistema nacional.

c) Grecia no reúne los requisitos para participar en los mecanismos previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo mientras no se resuelva la cuestión de aplicación.⁵³⁶

Puede desprenderse que la primer sanción es de efecto “declaratorio” y, sin limitarse a ello, puede desprender el deber de un Estado parte a realizar actos positivos encaminados al cumplimiento. Pero no termina allí su facultad, el grupo de cumplimiento puede establecer la suspensión de los privilegios o derechos de un Estado como consecuencia de su incumplimiento. Particularmente, puede decretarse la negativa de acceso al intercambio de unidades de reducción con otras partes (artículo 6o.), al mecanismo para un desarrollo limpio (artículo 12) y al mercado de emisiones (artículo 17).

Con lo anterior, se deja patente que no son pocas las atribuciones del Comité Encargado del Cumplimiento, inclusive podría decirse que se muestran vigorosas, en un comparativo a otros mecanismos de aplicación de otros tratados internacionales, inclusive fuera del ámbito ambiental.

Sin embargo, la naturaleza de los NCPs no consiste en crear autoridades con facultades para expedir providencias draconianas. Por el contrario, la intención de estos mecanismos es facilitar a las partes volver al cumplimiento de sus obligaciones derivadas de un tratado y proporcionarles un aparato conciliador, pero robusto, para resolver controversias dentro del régimen de un tratado multilateral.⁵³⁷

No solo se cree que el aseguramiento del cumplimiento de los compromisos mediante estos mecanismos es importante por la novedad que puedan representar al derecho internacional. Sin

⁵³⁶ CC-2007-1-8/Greece/EB del 17 de abril de 2008.

⁵³⁷ Véase Redgwell, Catherine, *op. cit.*, nota 535, p. 44.

duda, la norma *pacta sunt servanda* se ayuda de dispositivos que aseguren la observancia de la norma sustantiva. Pero, más allá de las cuestiones formales de la ciencia jurídica, ¿por qué es tan importante el cumplimiento del Protocolo de Kioto?

En términos económicos, el informe Stern concluye que los costos de una acción temprana, ante la presencia y progresión del cambio climático, serían menores comparados a los costos de la inacción. Esto es lo que se puede resumir en pocas palabras de un elaborado estudio que reconoce los daños más severos se percibirán en el futuro.⁵³⁸ Si esta conclusión se desprende de las ciencias económicas, otro tanto puede decirse en términos naturales, políticos, sociales ante fenómenos que pueden acelerarse por el cambio climático como la desertificación, la pérdida de bosques, el posible aumento del nivel del mar con su consecuente cambio de las fronteras marinas e incluso desaparición de territorios poblados, deshielo, desaparición de especies, etcétera.

5. *Otros tratados*

Existen mecanismos de cumplimiento en otros tratados internacional basados, entre otros principios, en aquel de la justicia intergeneracional.

Sin poder entrar en detalle en las particularidades de cada uno de los tratados, se exponen sus afectos fundamentales en la siguiente tabla:

⁵³⁸ Stern, Nicholas H., *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2007, pp. 640-643 y 647-656.

	<i>CPM</i>	<i>CITES</i>	<i>CMS</i>	<i>Protocolo de Montreal</i>	<i>Protocolo de Kioto</i>
Firmado	1972	1973	1979	1987	1992
En vigor	1977	1975	1983	1989	1994
Estados Parte (2009)	186	175	112	196	189
Secretariado	Centro del patrimonio mundial-UNESCO	Secretaría de la CITES-PNUMA	Secretaría CMS-PNUMA	Secretaría del Ozono-PNUMA	Secretaría de la Convención sobre el Cambio Climático
Autoridades	Comité del Patrimonio Mundial	Comité Permanente	Comité Permanente	Comité de Aplicación Comité Ejecutivo del Fondo	Comité Encargado del Cumplimiento
COP	Asamblea General-IUNESCO	Cada 2 años (a veces 3)	Cada 3 años	Anual	Anual
Participación de ONGs e IGOs	Formal-ICOMOS, IUCN e ICCROM	Observadoras, incide TRAFFIC	Observadoras, primordial de IUCN	Observadoras	Observadoras
Fondo especial	Fondo del Patrimonio Mundial	Fondo Fiduciario para la CITES (para financiar conferencias, básicamente)	FNAM*	Fondo Multilateral para la aplicación del Protocolo de Montreal	FNAM*

Reportes de las partes	Cada 6 años	Cada 2 años	Informes casuísticos	Informe anual	Inventarios de GEIs
Monitoreo	Sí	Incompleto observa casos de alta visibilidad	No	Sí	
Sanciones	Sí, hasta supresión de la lista	Sí, incluso comerciales	No, sólo “recomendaciones”	Sí, hasta “suspensión de derechos y privilegios”	
Participación EUA	Sí, retiro de UNESCO en 1984 y reincorporación en 2002	Sí	No, tampoco Canadá y México	Sí	Firmado, sin intención de ratificarlo
Participación Comunidad Europea como bloque	No	No	Sí	Sí	Sí, UE15

* Los países en desarrollo o con economías en transición pueden acceder al Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM o GEF, por sus siglas en inglés), para cubrir el costo incremental de proyectos encaminados a proteger y utilizar racionalmente el medio ambiente mundial. Los proyectos deben concentrarse en diversidad biológica, cambio climático, aguas internacionales y/o agotamiento de la capa de ozono.

FUENTE: Texto de los tratados e información recopilada de las Secretarías de los tratados.

II. INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN Y VIGILANCIA

Existe un número considerable de instituciones que inciden en la protección a los intereses de las futuras generaciones. En algunos casos estas entidades actúan sin que tengan una instrucción directa de así hacerlo; no obstante, los instrumentos que las fundan o dirigen pueden tener ese objetivo. Hay que dar cuenta sobre este fenómeno más adelante. Se desea empezar este apartado con las propuestas que se han presentado sobre una institución de protección particular para las futuras generaciones.

1. *Propuestas de instituciones ad hoc*

En el terreno institucional existe un registro de una propuesta⁵³⁹ para establecer una “oficina de un guardián para las futuras generaciones”. Esta proposición fue presentada por Malta en la cuarta sesión del Grupo de Trabajo III del Comité Preparatorio de la CNUMAD, llevada a cabo en 1991 en Nueva York. A pesar que hubo una discusión que merece ser preservada, la propuesta no llegó a tener éxito.

La malograda propuesta de Malta, justificada bajo los argumentos de las serias amenazas de daño irreversible hacia las futuras generaciones, reconocía la desventaja particular en la que ellas se encuentran por tres razones principales: a) por encontrarse “río abajo” en la secuela de tiempo; b) por no tener voz al no estar representadas en el tiempo presente, y c) por estar imposibilitadas a negociar un tratamiento recíproco.⁵⁴⁰ La referida

⁵³⁹ A/CONF.151/PC/WG.III/L.8/Rev.1/Add.2, 21 febrero de 1991.

⁵⁴⁰ *Idem*. Literalmente: “6. Future generations are inherently disadvantaged with respect to present generations in three important ways: (a) they are “down-stream” in time from us and thus subject to the long-term consequences of our actions; (b) they are “mute”, having no representatives among present generations and so their interests are often neglected in present socio-economic and political planning; and (c) they cannot plea or bargain for reciprocal treatment since they have no voice and nothing they do will affect us”.

proposición describía la función de un “guardián” de las futuras generaciones en los siguientes términos:

12 Una persona autorizada (“guardián”) debe ser nombrado para representar a las futuras generaciones en distintos foros internacionales, particularmente en las Naciones Unidas. El “guardián” debe tener estar facultado para presentarse ante las instituciones cuyas decisiones afecten significativamente el futuro de las especies para argumentar el caso en nombre de las futuras generaciones, de manera que exponga las implicaciones a largo tiempo que tengan las acciones propuestas y pueda presentar alternativas. Su función no sería decidir sino promover decisiones enriquecidas. Por tanto, el guardián tendría la facultad de abogar, de peticionar por las futuras generaciones.

13. De esta manera, el aspecto crucial del rol del guardián sería introducir una nueva dimensión —aquella del horizonte del tiempo—, en las resoluciones de temas que tradicionalmente han sido confinados al aquí y al ahora. El guardián debe enfrentar la carga de la actitud firmemente establecida de nuestra civilización de no tomar en cuenta el futuro. Él no tendría ninguna facultad de tomar decisiones. Él sólo tendría el derecho de presentar argumentos en nombre de las futuras generaciones.⁵⁴¹

El embajador hindú Ajai Malhotra, quien participó en el mencionado grupo de trabajo, señala que existieron diferentes sugerencias para establecer dicha oficina en la ONU o que ella

⁵⁴¹ *Idem.* En el idioma original: 12. *An authorized person (“guardian”) should be appointed to represent future generations at various international fora, particularly the United Nations. The “guardian” would be entitled to appear before institutions whose decisions could significantly affect the future of the species to argue the case on behalf of future generations, hence bringing out the long-term implications of proposed action and presenting alternatives. His role would not be to decide, but to promote enlightened decisions. Thus, the guardian would have the power of advocacy, to plead for future generations.*

13. *Hence, the crucial aspect of the guardian’s role would be to introduce a new dimension—that of the time horizon—into the resolution of issues traditionally confined to the here and now. The guardian would face the burden of opposing the firmly established attitude of our civilization in discounting the future. He would have no decision-making power. He would only have the right to put forward arguments on behalf of future generations.*

misma o la CNUMAD tuvieran ese cargo.⁵⁴² Otras propuestas, prosigue Malhotra, comprendían la creación de un *ombudsman* o que se crearan diferentes guardianes de acuerdo al objeto de tutela. De esa experiencia, el diplomático desprende cinco preguntas que deja abiertas:

1. ¿El mandato del guardián de las futuras generaciones se limitará a cuestiones ambientales ignorando otras áreas en las que aquellas podrían tener intereses?
2. ¿Generaciones de otros seres distintos a los humanos deberían ser considerados?
3. ¿Hasta dónde pueden ser medidos los intereses, opciones y gustos de las generaciones futuras tomando en cuenta el cambio de las capacidades tecnológicas presentes transformaciones, que incluso pueden producirse de una acelerada?
4. ¿A qué generación dará preferencia el guardián en caso de conflicto entre futuras generaciones distintas?
5. Tomando en consideración la incertidumbre hacia el futuro, ¿puede asumirse que el objetivo de un hipotético guardián será invariablemente superior al de otros?⁵⁴³

Sin duda, la creación de una oficina del “guardián” para las futuras generaciones tendría que responder a esas y otras preguntas. Aunque difícilmente podría haberse creado una oficina con tales características por aquellos años, bien es dable preguntarse acerca de las funciones y facultades que podría tener semejante *ombudsman* y si su labor estaría auspiciada por la ONU o sería independiente de ella, cuestiones que se iran discutiendo en este apartado para examinar lo que existe antes de encamina a la prospectiva.

Por lo menos en un plano doctrinario se han ideado las facultades que podría tener un “representante de las futuras genera-

⁵⁴² Malhotra, Ajai, “The Status of Future Generations”, en Agius, Emmanuel y Busuttil, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*, *op. cit.*, nota 87, p. 49.

⁵⁴³ *Idem.*

ciones”. En opinión de Edith Brown Weiss, habría que dotarle de *ius standi* ante tribunales internacionales como la CIJ, tribunales regionales, cortes nacionales y cuerpos administrativos.⁵⁴⁴ En este sentido, la visión de Brown Weiss es la más adelantada en cuanto a facultades específicas se refiere.

Philippe Sands, al abordar la cuestión, reconoce primeramente la participación de ONGs en las conferencias internacionales, particularmente en aquellas relativas al cambio climático. En estas intervenciones, el británico observa que las ONGs de cierta manera representaron a las futuras generaciones en las negociaciones sobre cambio climático. Sin embargo, Sands propone que los esfuerzos por abogar por las futuras generaciones se lleven a cabo en un ámbito más amplio que el interestatal, que cuente con la participación de otros actores no gubernamentales, inclusive individuos. La idea de crear un “guardián de las futuras generaciones” dentro de Naciones Unidas está destinada a fallar, añade el jurista. Para Sands, la discusión sobre un “guardián” no debe distraer la atención sobre el objetivo primario de reforzar la efectividad de las obligaciones existentes.⁵⁴⁵ En adición a dicho objetivo, el internacionalista habla sobre la limitación al monopolio estatal y el reforzamiento de la participación de otros actores y concluye: “La función del guardián es, sencillamente, muy importante, para dejarse completamente en manos de los gobiernos u organizaciones intergubernamentales”.⁵⁴⁶

De lo referido anteriormente, se deduce que la creación de un “guardián” para las futuras generaciones sería útil y práctica.

⁵⁴⁴ Brown Weiss, Edith, *In Fairness to Future Generations*, *op. cit.*, nota 116, pp. 122 y 123.

⁵⁴⁵ Sands, Philippe, “Protecting Future Generations: Precedents and Practicalities”, en Agius, Emmanuel y Busutil, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*, nota 87, pp. 84-90.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 91. Literalmente: “The function of the guardian is, quite simply, too important, to be left wholly in the hands of governments or intergovernmental organizations”.

Para ello, debe existir una participación amplia de distintos actores, incluidos los estatales. Es decir, en su creación debe seguir los mecanismos internacionales institucionales para que pueda dotársele de la personalidad suficiente para concurrir en foros decisivos en representación de las futuras generaciones. Sin embargo, su creación debe atender a distintas voces, para incluir a toda la sociedad internacional.

2. *Instituciones intergubernamentales*

Un buen número de instituciones, en su labor cotidiana, inciden en la protección de las futuras generaciones, ya sea directa o indirectamente. Este rol ha sido analizado en la doctrina, particularmente el de la ONU⁵⁴⁷ y de la CNUMAD.⁵⁴⁸ Bien importante es esa participación y si se profundizara más en este tópico resultaría relevante la labor de diversas agencias especializadas como la FAO e inclusive otras como la OIT. Sin embargo, abocaremos casi arbitrariamente una breve reseña a dos entidades que nos parecen representativas de un cuerpo institucional y de un órgano deliberativo.

Hay que señalar que en la literatura más prominente en derecho institucional internacional se ha observado que las organizaciones derivadas de los AMAs han evolucionado considerablemente ante la ausencia de un organismo especializado de las Naciones Unidas en materia ambiental. Por tanto, colectivamente gozan de una estructura más amplia de la que de los dos organismos de Naciones Unidas se reseñarán.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Rao, Geping, “The United Nations as a Guardian for Future Generations”, en Agius, Emmanuel y Busutil, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*, *op. cit.*, nota 87, pp. 143-148.

⁵⁴⁸ Aquilina, Kevin, “The Relevance of UNCED to a Guardian for Future Generations”, en Agius, Emmanuel y Busutil, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*, *op. cit.*, nota 87, pp. 117-126.

⁵⁴⁹ Sands, Philippe *et al.*, *Bowett's Law of International Institutions*. London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 121, sección 4-014.

A. *El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente*

En 1972 las Naciones Unidas crearon el PNUMA⁵⁵⁰ que tiene como misión: “Dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente inspirando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo las de las futuras generaciones”.⁵⁵¹

En la Declaración de Nairobi, adoptada por los ministros del medio ambiente y jefes de delegaciones presentes en el decimonoeno periodo de sesiones del Consejo de Administración del PNUMA, celebrado en enero y febrero de 1997, se definieron su función y mandatos futuros.

Como función se reafirmaría la posición del PNUMA como la “principal autoridad ambiental mundial que establezca las actividades mundiales en pro del medio ambiente, promueva la aplicación coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúe como defensor autorizado del medio ambiente a nivel mundial”. Como mandatos futuros el Consejo le encomendó al PNUMA:

- a) Analizar el estado del medio ambiente mundial y evaluar las tendencias ambientales mundiales y regionales, prestar asesoramiento normativo, facilitar pronta información sobre amenazas ambientales y catalizar y promover la cooperación y las actividades internacionales, basándose en los conocimientos científicos y técnicos más avanzados;
- b) Fomentar el desarrollo del régimen jurídico ambiental internacional con miras al desarrollo sostenible, incluido el desarrollo de vínculos coherentes entre los convenios internacionales relativos al medio ambiente;
- c) Promover la aplicación de normas y políticas internacionales acordadas, controlar y fomentar el cumplimiento de los

⁵⁵⁰ Resolución 2997 (XXVII) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁵⁵¹ La información básica sobre el PNUMA puede consultarse en: United Nations, *UNEP Organization Profile*, Nairobi, United Nations Environment Programme, 2005.

acuerdos internacionales y los principios ambientales y alentar la cooperación para hacer frente a los nuevos problemas ambientales;

d) Fortalecer su función de coordinación de las actividades del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del medio ambiente, así como su función de organismo de ejecución del Fondo para el Medio Ambiente Mundial, basándose en sus ventajas comparativas y su competencia científica y técnica;

e) Promover el aumento de la conciencia pública y facilitar la cooperación eficaz entre todos los sectores de la sociedad y las entidades que participen en la aplicación de las actividades internacionales en pro del medio ambiente, y actuar como vínculo eficaz entre los círculos científicos y los encargados de la adopción de decisiones en los planos nacional e internacional, y

f) Prestar servicios de asesoramiento y para la elaboración de políticas generales a los gobiernos y a las instituciones pertinentes en áreas clave del desarrollo de las instituciones.

No se pretende adentrar en el estudio de la estructura institucional del PNUMA, por lo que se menciona solo su composición básica. Esta es: el Consejo de Administración, principal órgano rector y legislativo, compuesto de 58 miembros elegidos por la Asamblea General por un periodo de cuatro años; un Comité de Representantes Permanentes; un Comité de Alto Nivel de Ministros y Funcionarios; y, un director Ejecutivo. El PNUMA cuenta con una División de Legislación y Convenciones Ambientales con las tareas de promover el desarrollo del derecho ambiental y la instrumentación de los AMAs por las partes.

Más que la estructura de la PNUMA, que no tiene el nivel de agencia especializada ni es una organización intergubernamental en el sentido estricto, su relevancia es temática. Las secretarías derivadas de tratados como el Protocolo de Montreal, el Fondo Multilateral derivado de dicho protocolo, la CITES, CMS, Convención sobre Biodiversidad, Convención de Basilea, que son administradas por el PNUMA, le confieren una personalidad en la

esfera internacional para nada despreciable,⁵⁵² aunque no tiene participación directa el secretariado en el que se centra la mayor discusión en nuestros días, esto es la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Las visiones sobre el PNUMA en la llamada “gobernanza global ambiental” son variadas. Existen iniciativas de reforma hacia un organismo con mayores capacidades y que centre las dispersas organizaciones y agencias en una “Organización Mundial del Medio Ambiente”, como lo han propuesto Francia y Alemania. Por ello, no resulta extraño que desde la academia, la investigadora de Yale, María Ivanova, sugiera que una nueva organización debe estar mejor equipada estructuralmente, habida cuenta que el PNUMA ya no puede aspirar a ser la organización líder en todos los temas ambientales y que la acción colectiva en respuesta a los retos ambientales ha quedado corta a las expectativas.⁵⁵³ Habrá que ver con el tiempo si la estructura del PNUMA puede verse fortalecida tal como se expresó como intención en Río+20.

B. *La Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (CDS)*

Podría parecer a primera vista que la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible (CDS), establecida en 1993,⁵⁵⁴ tendría un papel decisivo para el cuidado de los intereses de las generaciones futuras pues en el nombre que se le impuso lleva implícita, por

⁵⁵² Un análisis del trabajo del PNUMA en la asistencia a secretariados puede verse en: Andresen Steiner y Rosendal, Kristin, “The Role of the United Nations Environmental Programme in the Coordination of Multilateral Environmental Agreements”, en Biermann, Frank *et al.*, *International Organizations in Global Environmental Governance*, *op. cit.*, nota 167, pp. 133-150.

⁵⁵³ Ivanova, María, “UNEP as Anchor Organization for the Global Environment”, en Biermann, Frank *et al.*, *International Organizations in Global Environmental Governance*, *op. cit.*, nota 167, pp. 167 y 168.

⁵⁵⁴ ECOSOC, E/1993/207, *Establishment of the Commission on Sustainable Development*, 12 de febrero de 1993.

definición, dicha preocupación. Habría de repasar su estructura, misión y experiencia práctica para intentar descubrir si aquello es cierto.

Como puede observarse, la CDS fue establecida un año después de la Cumbre de la Tierra con miras a apoyar a la comunidad internacional para cumplir con los objetivos emanado de dicha reunión. Sus funciones fueron impuestas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992⁵⁵⁵ y se instituyó como una comisión orgánica del ECOSOC como una entidad de las que hace referencia el Capítulo 38 de la *Agenda 21*.⁵⁵⁶ Con el paso del tiempo se aumentan las miras de la CDS mediante instrumentos que adopta la comunidad internacional, como las Metas del Milenio, el Plan de Aplicación de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible, etcétera.

Como foro de alto nivel, la CDS tiene impuestas los siguientes roles:

1. Revisar el progreso en los niveles internacional, regional y nacional de la instrumentación de las recomendaciones y compromisos contenidos en los documentos finales de la CNUMAD, principalmente la Agenda 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Declaración de principios sobre los bosques;
2. Elaborar orientaciones y opciones de políticas para actividades futuras, como seguimiento a la CNUMAD y para lograr un desarrollo sostenible, y
3. Promover el diálogo y crear asociaciones a los fines del desarrollo sostenible con los gobiernos, la comunidad internacional y los principales grupos identificados en el Programa 21 como actores clave fuera de los gobiernos centrales que juegan un importante papel en la transición hacia el desarrollo sostenible.

⁵⁵⁵ UN General Assembly, *A/RES/47/191, Institutional arrangements to follow up the United Nations Conference on Environment and Development*, Adopted at the 93rd plenary meeting, 22 de diciembre de 1992.

⁵⁵⁶ Relativo a los arreglos internacionales institucionales.

La Comisión se integra por representantes de 53 gobiernos miembros de Naciones Unidas que son electos sobre la base de una representación geográfica equitativa. Este cuerpo deliberativo se reúne anualmente en Nueva York, presenta informes al Consejo Económico y Social y formula recomendaciones a la Asamblea General. Su primer periodo de sesiones se celebró un año después de la Conferencia de Río, del 14 al 26 de junio de 1993 y a la fecha ha sesionado 19 veces.⁵⁵⁷

Un punto importante a destacar es que las OIGs y ONGs pueden estar presentes en calidad de observadores durante las reuniones anuales de la CDS. De igual manera, la CDS trabaja en colaboración con otras instituciones como OMC, UNCTAD y PNUMA en temas en los que pueda haber un trabajo mutuo y con fines de dar coherencia a sus resultados

La variedad temática de la CDS como cuerpo deliberativo es inagotable. Entre los temas que ha abordado se cuentan: los bosques, la energía, el desarrollo industrial, la contaminación del aire y atmósfera, el cambio climático y otros más. Como puede observarse, dichos puntos son de mayor importancia y a éstos se le añaden sobre los que recientemente ha deliberado la CDS. Ejemplo de ello son sus resoluciones 17/1 y 17/2, relativas a la agricultura, el desarrollo rural, la tierra, la sequía, la desertificación y África; así como la reducción de las vulnerabilidades de los pequeños Estados insulares en desarrollo (PEID).⁵⁵⁸ Más reciente, en la 19a. sesión se incluyeron los siguientes temas: transporte (relacionado con el Programa 21), productos químicos, la gestión de los desechos (los desechos peligrosos y los desechos sólidos), la minería y el marco decenal de programas sobre modalidades de consumo y producción sostenibles.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ El último periodo de sesiones se llevo a cabo del 4 al 15 de mayo de 2009.

⁵⁵⁸ E/CN.17/2009/19, Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, *Informe sobre su 17o. periodo de sesiones (16 de mayo de 2008 y 4 a 15 de mayo de 2009)*, Nueva York, 2009.

⁵⁵⁹ La documentación de la CDS puede localizarse en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/csd.htm>, accedido el 13 de agosto de 2012.

No se cree que, por la misma estructura institucional, la CDS pueda resolver el grave problema que es el acceso al desarrollo sostenible. Su creación debió contar con las mejores intenciones pero su estructura no cuenta con los mejores recursos; finalmente su función es deliberativa. Si bien la intencionalidad es buena, de no fortalecerse o sumarse a otra estructura, sus resoluciones tendrán el mismo efecto sobre el desarrollo sostenible o el medio ambiente que la leyenda de “se ruega reciclar” que utiliza en sus informes.

III. CORTES INTERNACIONALES

Las futuras generaciones podrían considerarse en distintos papeles ante los tribunales internacionales, roles que deben de separarse, por lo menos para fines positivos.

El primero de estos papeles podría ser el de una verdadera personalidad para ocurrir ante un foro jurisdiccional; dicho en otros términos gozar de *locus standi*, y así tener la aptitud para iniciar reclamos y peticiones judiciales, incluidas medidas precautorias.

Un segundo papel podría ser considerarles como un bien tutelado o un interés jurídico. De este último rol se podrían desprenderse dos vertientes: una de ellas, de modo activo, si existiera una entidad actual que pudiera con legitimidad reclamar cierto interés y, otra, por la cual la legislación fuera la contenedora de la protección, sin ninguna posibilidad de incoarse trámite alguno a nombre de futuros entes más que cuando se discuta una ley que lleve implícita una connotación intergeneracional.

1. *Historia de la presencia de la noción de equidad intergeneracional en la justicia internacional*

El arbitraje sobre las focas del Mar de Bering

Por extraño que parezca, la primera mención del interés por preservar los derechos de las futuras generaciones en un arbitraje

o litigio internacional no tuvo lugar después de haber sido nombradas en el preámbulo de la Carta de San Francisco, primer instrumento en el que se les menciona expresamente. El primer procedimiento en el que se ha encontrado registro de tal mención es el que corresponde al *Bering Sea Fur Seal Fisheries Arbitration* (Great Britain v. United States) mediante el cual las partes involucradas someterían en 1892 a arbitraje cinco cuestiones, de las cuales se concentra en particular sobre el último punto:

1. ¿Qué jurisdicción exclusiva tenía Rusia sobre el Mar de Bering y sus recursos, antes y al momento de ceder Alaska a los EUA?
2. ¿Hasta qué punto los reclamos de jurisdicción sobre la caza de focas habrían sido reconocidos por la Gran Bretaña?
3. ¿Estaba incluido el Mar de Bering en la frase “Océano Pacífico” utilizada en el tratado de 1825 entre Gran Bretaña y Rusia? ¿Qué derechos pudo haber ejercido Rusia en el Mar de Bering después de dicho tratado?
4. ¿Pasaron intactos todos los derechos de jurisdicción y sobre la caza de focas en el Mar de Bering en el Tratado entre los EUA y Rusia de 1867?
5. ¿Tienen los Estados Unidos un derecho de protección o propiedad sobre las focas de piel que frecuentan el Mar de Bering cuando aquellos mamíferos se encuentran fuera del límite de las 3 millas?

James Coolidge Carter, agente de los EUA, habría de desarrollar un argumento en el que colocaría a su país como soberano de las focas de piel del norte, especie que se reproduce estacionalmente en las Islas Pribilof de Alaska. El mismo Carter expondría que la propiedad no es absoluta, pues la noción de que el titular puede abusar de ella e incluso destruirla es desacertada. Pensar que la limitación del propietario es solamente moral o religiosa, que es responsable solamente ante su creador y no ante leyes humanas es igualmente equívoco, añadiría Carter.⁵⁶⁰ Ante esas

⁵⁶⁰ *Fur Seal Arbitration. Argument of the United States Before the Tribunal of Arbitration Convened at Paris Under the Provisions of the Treaty between the United States of*

razones, el abogado de Harvard, concluiría con las siguientes razones que parecen muy adelantadas a su tiempo:

Primero. Nadie que posea una propiedad, ya sea un hombre en lo individual o una nación, tienen un título absoluto sobre ella. Ese título está sujeto a un fideicomiso en beneficio de la humanidad.

Segundo: El título es aún más limitado. Las cosas en sí mismas no les son dadas, solo el usufructo. No es más que el custodio de las acciones, o de la cosa principal, administrándolo en fideicomiso para las generaciones presentes y futuras del hombre.⁵⁶¹

El argumento de Carter, bañado en iusnaturalismo, intentaría fundarse en las citas de dos autores que tuvieron aquella escuela como modelo: la primera de ellas del jurista alemán Samuel Puffendorf, quien señalaba en su opúsculo *De iure naturae et gentium* “Dios dio al mundo, no para esto, ni a cada hombre, sino a la [H]umanidad en su totalidad”,⁵⁶² y, del pensador inglés Locke, quien por su parte afirmaba en el Segundo Libro de sus Tratados sobre el Gobierno Civil: “Dios dio el mundo a los hombres en común” (*God gave the world to men in common*).⁵⁶³

Se cree que en este momento es importante hacer una breve glosa de lo que aquellos pensadores imprimieron en sus obras. Por lo que respecta a Puffendorf, quien disputaba la idea de Hobbes del estado natural como guerra y se pronunciaba por la paz, reconoce que el uso de la propiedad entre naciones tiene ciertas

America and Great Britain Concluded February 29, 1892. Washington: Govt. print. Off., 1893, pp. 518 y 519.

⁵⁶¹ *Ibidem*, pp. 519. En el idioma del litigante: “First. No possessor of property, whether an individual man, or a nation, has an absolute title to it. His title is coupled with a trust for the benefit of mankind. Second. The title is further limited. The things themselves are not given him, but only the usufruct or increase. He is but the custodian of the stock, or principal thing, holding it in trust for the present and future generations of man”.

⁵⁶² Puffendorf, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, libro IV, capítulo, V, Sec. 9. “God gave the world, not to this, nor to that man, but to the human race in general”, de acuerdo a la versión consultada.

⁵⁶³ Two Treatises of Government, Book I, Cap. V, § 34.

limitaciones. En el mismo libro *De iure naturae et gentium* citado por Carter, Puffendorf señalaba:

Con respecto a la manera de poseer estas cosas, la Razón impone al Hombre usarlas con Moderación, así como para estar satisfechos con la Adquisición de todo lo que pudiera ser suficiente para el Servicio de ellos mismos y sus Dependientes. Tampoco el mismo Principio prohíbe que se preocupen por el futuro, siempre y cuando, ya sea por Envidia o Avaricia, no impida a otras la obtención de Preservación y Alivio.⁵⁶⁴

No son accidentales las aseveraciones de Puffendorf, han sido extraídas del capítulo “del origen del dominio o propiedad” (*Of the Origin of Dominion or Property*), en el que también pregona la libertad de los mares. Sobresale la idea que se extrae de forma evidente del texto: la razón impone la moderación en el uso de la propiedad. No se quiere decir que esta idea sería una adivinación genial del jurista alemán sobre los problemas que enfrentaría la Humanidad tres siglos después ante el peligro del agotamiento los recursos de la tierra y el cambio drástico del medio humano; aunque sí queremos dejar impreso es que en la misma raíz del iusnaturalismo existieron las ideas principales o principios que pueden emplearse o se emplean en la actualidad. De esta manera se ilustra que la moderación y la prohibición del abuso de la propiedad se ha expresado como una línea continua en el pensamiento jurídico y de la manifestación de esta idea no quedó exento Puffendorf, a quien también se debe, dicho sea de paso, la construcción intelectual de la frontera entre la moral y el derecho que se consolidaría con Kant. De lo anterior, ha de ex-

⁵⁶⁴ Puffendorf, Samuel, *Of the Law of Nature and Nations*, *op. cit.*, nota 562. En la versión consultada dice: “But as to the manner of possessing these things, Reason enjoins Men to use such Moderation in it, as to rest contented with the Acquisition of so much as is likely to suffice for the Service of themselves and of their Dependents. Nor doth the same Principle forbid them to be concerned for the future, provided they do not, either by Envy or Avarice, hinder others from gaining a needful Maintenance and Relief”.

ponerse la interrogante, ¿acaso no podrían estas ideas tratarse de una aplicación más del principio *neminem laedere*?

Locke, por su parte, reductor del metafórico “título de donación de Adám”, expresaba, como lo señalaba Carter, la idea de una concesión divina de la tierra para los hombres en común. El agente estadounidense habría comenzado la transcripción del texto “Dios dio el mundo al hombre en común” (*God gave the world to men in common*), aunque no habría de continuar la cita de Locke:

Dios dio el mundo al hombre en común, desde que se los dio fue para propio beneficio y los grandes disfrutes de la vida, fueran capaces de extraer de él, no se puede suponer que quiso decir que debe permanecer siempre en común y sin cultivar. Él se los dio para el uso de los industriosos y racionales, (el trabajo sería su título de propiedad) no a la codicia o avaricia de los pendencieros y contenciosos.⁵⁶⁵

La segunda parte del párrafo del texto de Locke no pareciera resultar completamente conveniente para la formulación del alegato del sagaz litigante, por lo que tal vez después recompondría Carter al señalar que una nación sería fiduciaria de los frutos que fueran excedentes a sus necesidades y afirmaría sin ningún titubeo: “destruir la fuente de donde brotan bendiciones humanas no es solamente un error, es un crimen. Y el mal no está limitado por las fronteras de las naciones, sino que está causado a las personas a quienes la bendición sería útil dondequiera que habiten”.⁵⁶⁶ No quedarían indefensos a los que afectara el daño

⁵⁶⁵ Locke, John, *op. cit.*, nota 563. En el idioma original: “God gave the world to men in common; but since he gave it them for their benefit, and the greatest conveniences of life, they were capable to draw from it, it cannot be supposed he meant it should always remain common and uncultivated. He gave it to the use of the industrious and rational, (and labour was to be his title to it;) not to the fancy or covetousness of the quarrelsome and contentious”.

⁵⁶⁶ *Fur Seal Arbitration. Argument of the United States...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64. Señalaba el litigante en su lengua maternal: “to destroy the source from which any

o destrucción, para ellos Carter afirmaba que les correspondería una acción de reparación.⁵⁶⁷

Basado en estas premisas, el agente de los EUA deducía que los dones que la naturaleza otorgaba a los hombres, se hacían bajo la figura del usufructo para toda la línea continua de presentes y descendientes. Se prefiere en este punto transcribir el argumento:

...el regalo (de la naturaleza) nos son para esta nación o aquella, sino para la humanidad, todas las generaciones, tanto futuras como presentes. La tierra ha sido diseñada como la morada permanente del hombre a través de generaciones sin fin. Cada generación, tal y como aparece en la escena, sólo tiene derecho a utilizar la herencia justa. Es contra la ley de la naturaleza descuidarlo en desventaja de los sucesivos herederos; el título de cada generación se puede describir con un término familiar para los abogados ingleses que se limitan a una sucesión para una vida, o puede con igual propiedad, decirse que, está sujeto a una obligación fiduciaria consistente en transmitir esta herencia a aquellos que nos sucederán en, por lo menos, en tan buena condición como fue encontrada, con la única excepción de un uso razonable. Que una generación no solo puede consumir o destruir el aumento anual de los productos de la tierra, pero la población también, dejando así un suministro insuficiente para la multitud de los sucesores de los que trae a la vida, es una noción tan repugnante a la razón que apenas necesita una refutación formal. Los grandes escritores sobre la ley natural y de gentes bien se contentan con la simple afirmación, sin trabajar para tener que elaborar argumentos, estas verdades evidentes por sí mismas.⁵⁶⁸

human blessing flows is not merely an error, it is a crime. And the wrong is not limited by the boundaries of nations, but is inflicted upon those to whom the blessing would be useful wherever they may dwell”.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 64. Literalmente: “And those to whom the wrong is done have the right to redress it”.

⁵⁶⁸ En el texto original: “...the gift [of nature] is not to this nation or that, but to mankind, all generations, future as well as present, are intended. The earth was designed as the permanent abode of man through ceaseless genera-

El hombre primitivo, con menores necesidades, jamás pondría en peligro los recursos naturales ni tendría que aprovisionarse para el futuro, razonaba con lógica el argumento. Más adelante Carter adelantaría, con una visión anticipatoria, que con el avance de la civilización, el incremento poblacional y la multiplicación de las necesidades, podría sobrevenir un peligro de sobreconsumo, al que le acompañaría el desarrollo de una visión prudencial que buscaría evitar el peligro.⁵⁶⁹ Acertada resultaría esta predicción, por lo menos la primer parte de ella.

No sería extraño que la contraparte inglesa, contrarrestara los argumentos estadounidenses en la tradicional concepción del término de la soberanía al terminarse la franja de las 3 millas marinas y replicara que los EUA se refugiaban en una pretendida protección de lo que no les corresponde en propiedad de forma tan novedosa: “Que sus partidarios confiesen con candor que no puede fundarse en ningún precedente, pero que el precedente debe ser establecido por el derecho internacional para responder a las exigencias del caso”.⁵⁷⁰ No sin cierta sorna, el argumen-

tions. Each generation, as it appears upon the scene, is entitled only to use the fair inheritance. It is against the law of nature that any waste should be committed to the disadvantage of the succeeding tenants. The title of each generation may be described in a term familiar to English lawyers as limited to an estate for life; or it may with equal propriety be said to be coupled with a trust to transmit the inheritance to those who succeed in at least as good a condition as it was found, reasonable use only excepted. That one generation may not only consume or destroy the annual increase of the products of the earth, but the stock also, thus leaving an inadequate provision for the multitude of successors which it brings into life, is a notion so repugnant to reason as scarcely to need formal refutation. The great writers upon the law of nature and nations properly content themselves with simply affirming, without laboring to establish, these self-evident truths”.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 64, “But with the advance of civilization, the increase in population, and the multiplication of wants, a peril of overconsumption arises, and along with it a development of that prudential wisdom which seeks to avert the danger”.

⁵⁷⁰ Bering Sea Tribunal of Arbitration, *Proceedings of the Tribunal of Arbitration Convened in Paris Under the Treaty between the United States of America and Great Britain, Concluded at Washington, February 29, 1892, for the Determination of Questions between*

to inglés echaría por tierra la tesis iusnaturalista de Carter: “En cuanto a la referencia a las ‘Leyes de la Historia Natural’ hay un código conocido de esas leyes y como los ‘intereses comunes de la humanidad’, estos deben ser probados por y con principios legales” (*As to the reference to the “Laws of Natural History” is no known code of such laws and as to the “common interests of mankind” these must be tested by and with upon legal principles*).⁵⁷¹ Remataría el Reino Unido su argumento, bajo una tesis voluntarista y positivista, la cual parece predominar en estos días: en el derecho internacional no pueden crearse espontáneamente principios novedosos, el consentimiento de los Estados, esencial para la admisión de un nuevo precedente, no puede ser presumido.⁵⁷²

La visión inglesa sobre la conservación de la naturaleza era muy lejana a la visión del litigante estadounidense. Si bien es cierto que solo unos años más tarde, en 1900, se firmaría en Londres la Convención para la Preservación de los Animales Silvestres, Pájaros y Peces de África, las miras de dicho tratado son muy diferentes a las que actualmente podría recoger un tratado en materia ambiental. En dicho instrumento, en el que participaron las potencias coloniales europeas Alemania, España, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido y el sórdido Estado Libre de El Congo,⁵⁷³ se observaba entre sus finalidades la conservación de animales que pudieran ser usados como trofeos de caza y por el uso de su pieles y productos. El tratado en comento fue más allá, y llegó a incluir un grupo de animales que consideraba no ser dignos

the Two Governments Concerning the Jurisdictional Rights of the United States in the Waters of Bering Sea, vol. X, Argument of Her Majesty’s Government, Washington: GPO, 1895, p. 9. En el texto: “that its supporters confess with candour that it can be rested on no precedent but that a precedent ought to be established by international law to meet the exigencies of the case”.

⁵⁷¹ *Idem*.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 34.

⁵⁷³ El mismo Estado Libre de El Congo, cuyo territorio atestiguó las crueldades mayúsculas que le aseguraron al Rey Leopoldo II de Bélgica un sitio permanente e incuestionable en el apartado de la infamia de la enciclopedia humana.

de protección como los cocodrilos, serpientes venenosas y pitones, así como leones, panteras, hienas, perros salvajes, babuinos y “otros monos dañinos”, algunas aves de rapiña, etcétera.⁵⁷⁴

Si para la parte inglesa se puede saber la reacción que le causó la parte reseñada del argumento estadounidense, no es dable saber a ciencia cierta qué opinión tuvieron los árbitros que conocieron este procedimiento, por dos razones principales: El primero porque a los togados podría haberles parecido tan ex-céntrica la lectura de estos pasajes, como lo sería un texto de Julio Verne para esa época⁵⁷⁵ (aunque traducido impecablemente en términos jurídicos); y, segundo, porque los considerandos del laudo arbitral se presentaron en términos escuetos que no discuten estos puntos de Carter.

A pesar de ello y aunado a que prevalecería el Reino Unido en todos los puntos sobre los EUA, incluido el quinto que se resolvería afirmando que este último país no tenía ningún derecho a proteger a las focas de piel cuando aquellas se encuentran fuera del límite reconocido de las 3 millas, pareciera que algún efecto habría causado el argumento de Carter en los arbitradores, ya que más adelante se resolvería que podrían establecerse ciertas regulaciones con el concierto de ambos países.

El tribunal redactó un articulado *ex profeso* para las partes, entre cuyas propuestas se incluyeron: prohibir la captura durante la época del año comprendida entre el primero de mayo y el 31 de julio,⁵⁷⁶ un régimen de licencias para las embarcaciones invo-

⁵⁷⁴ Para la historia de esta convención y las subsecuentes en la materia, véase Lyster, Simon, *International Wildlife Law: An Analysis of International Treaties Concerned with the Conservation of Wildlife*, Cambridge, Grotius Publications, 1985, pp. 112-128. http://iea.uoregon.edu/pages/view_treaty.php?t=1900-PreservationWildAnimalsBirdsFishAfrica.EN.txt&par=view_treaty_html, consultado el 5 de octubre de 2009.

⁵⁷⁵ Literato quien, como dato peculiar, habría sido tan contemporáneo a Carter que falleció en el mismo año que el litigante estadounidense (1905) y habría nacido unos meses después (febrero de 1828 y octubre de 1827).

⁵⁷⁶ *Bering Sea Tribunal of Arbitration. Award of the Tribunal of Arbitration Constituted Under Article I of the Treaty Concluded at Washington on the 29th February, 1892, between Her Britannic Majesty and the United States of America*, London, impreso por

lucradas en la caza de la foca de piel; conteo de individuos capturados; intercambio de información sobre operaciones de pesca; captura humanitaria (prohibición de redes, armas de fuego y explosivos; control de aptitudes y destreza de pescadores; y, como remate, protección a la pesca tradicional de grupos étnicos.

Considerando que la resolución pasa de más de un siglo de existencia, no dejaba de ser novedoso el contenido de este articulado para el terreno internacional, y para cualquier otro. Aunque no se adaptó la propuesta arbitral, sin duda contribuiría a la firma de un tratado convenido entre el Reino Unido, los EUA, Japón y Rusia con miras a la protección de la foca de piel.

Lo que más se ha querido destacar de este arbitraje es la visión del jurista Carter, muy adelantada a su tiempo y expresada en términos similares a la teoría que propondría casi 100 años después Edith Brown Weiss para las futuras generaciones.

Ahora bien, ¿cuál es el valor del argumento estadounidense dentro del caso en comento? Para el derecho internacional es comúnmente aceptado que la *ratio decidendi* de una resolución es la parte que tiene mayor valor normativo;⁵⁷⁷ por consiguiente el argumento de una de las partes, visto de manera aislada, no tendría ningún valor. Sin embargo, las proposiciones de una de las partes pueden servir de guía para entender las razones por las cuales un juzgador se inclina en un sentido u otro.

Her Majesty Stationery Office-Harrison and Sons, 1893, p. 10. Expresaría “los dos gobiernos deberán prohibir a sus ciudadanos y súbditos, respectivamente, a matar, capturar, o llevar a cabo, en cualquier forma que sea, durante la temporada que se extiende, cada año, desde el 1o. de mayo hasta el 31 de julio, las pieles de focas en la alta mar y en la parte del Océano Pacífico, incluido el Mar de Behring”, literalmente “the two Governments shall forbid their citizens and subjects respectively to kill, capture, or pursue, in any manner whatever, during the season extending, each year, from the 1st May to the 31st July, both inclusive, the fur-seals on the high sea, in the part of the Pacific Ocean, inclusive of the Behring Sea”.

⁵⁷⁷ Jennings, Sir Robert Y., “*Judicial Reasoning at an International Court*”, Universität Des Saarlandes, Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Ress ed., núm. 236, Saarbrücken, 1991, pp. 6 y 7.

2. *La Corte Internacional de Justicia*

Locus Standi

Hoy por hoy, el *ius standi in iudicio* en los procedimientos contenciosos ante la CIJ le corresponde exclusivamente a los Estados siempre que, en muy amplios términos, sean parte de su Estatuto, prueben interés y puedan invocar un fundamento de jurisdicción. Así lo dispone claramente el artículo 31 del Estatuto de la CIJ al declarar que “sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”, regla general del esquema tradicional de derecho internacional que han seguido las cortes internacionales con la notable excepción en materia de derechos humanos y las cortes penales internacionales. La facultad consultiva de la CIJ también se encuentra restringida a las solicitudes de “cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas”, de acuerdo al artículo 66 (1).

De lo anterior, queda descartado cualquier intento de establecer una subjetividad en el terreno procesal ante la CIJ para las futuras generaciones. Lejos de ello está la Corte Mundial, aunque exista una muy incipiente experiencia diversa en cortes domésticas. El caso más comentado sobre este último supuesto lo es el de la causa de los menores Oposa ante la Corte Suprema de la República de Filipinas.⁵⁷⁸ En tan peculiar litigio, el supremo tribunal de aquel país resolvió que un grupo de menores, entre los cuales se encontraban los hijos del activista y litigante ambiental Antonio Oposa, podían entablar un proceso en representación de otros miembros de su generación y de las generaciones futuras. Señalaría aquella Corte:

La personalidad para demandar en nombre de las generaciones venideras sólo puede basarse en el concepto de responsabilidad

⁵⁷⁸ Tribunal Supremo de la República de Filipinas, Manila, 30 de julio de 1993, *Minors Oposa vs. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)*, G. R. No. 101083, reproducido en 33 ILM 173, 187, 1994.

intergeneracional por lo que se refiere al derecho a una ecología equilibrada y saludable. Este derecho, de aquí en adelante se expone, considera al “ritmo y armonía de la naturaleza”. Naturaleza significa el mundo creado en su totalidad. Tal ritmo y la armonía indispensablemente incluyen, entre otras cosas, la disposición racional, aprovechamiento, manejo, renovación y conservación de los bosques del país, minerales, tierras, aguas, pesca, vida silvestre, zonas marinas y otros recursos naturales a fin de que su exploración, desarrollo y utilización sea equitativamente accesible a la presente, así como a futuras generaciones.

Ha sido bien recibida esta decisión judicial filipina en la mayoría de los círculos académicos de derecho ambiental.⁵⁷⁹ Aquí se debe puntualizar que, si bien es un hito en cuanto al *locus standi* para las futuras generaciones, no se debe perder de vista que es una decisión de una corte doméstica y que la experiencia no se ha multiplicado decisivamente. Han habido casos en los que contundentemente ha sido negada una pretendida representación de las futuras generaciones por terceros, entre ellos el caso *Sierra Club vs. Morton*, 405 U.S. 727, 734-35 (1972);⁵⁸⁰ sin embargo, la Suprema

⁵⁷⁹ Véase Houck, Oliver, A., “Light from the Trees: The Stories of Minors Oposa and the Russian Forest Cases”. *Geo Int'l Envtl L. Rev.* 19, núm. 3, Spring 2007, 321-374; Gatmaytan, Ma. Socorro *et al.*, “Maximizing the Value of Oposa v. Factoran”, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 15, 487, 2003. Véase en contra, Dante B. Gatmaytan, “The Illusion of Intergenerational Equity: Oposa *vs.* Factoran as Pyrrhic Victory”, *Geo Int'l Envtl L. Rev.* 15, 457, 463, 2003, principalmente por considerarle un mero *obiter dictum* de la Corte, no tener un efecto práctico el concepto de equidad intergeneracional y ser un caso grandemente ignorado en aquel país. Podría parecer calificada esta crítica por provenir de un profesor de la Universidad de Filipinas, en lo que resulta imposible hacer comunión es en demeritar la decisión del máximo tribunal de aquel país en torno al *ius standi* con el argumento de que en materia ambiental filipina cualquier interesado puede incoar una acción. En principio pareciera meritoria esta posición. Por otro lado, parece ser que Oposa ha gozado de enormes reconocimientos en las Filipinas y otros países por este litigio y su práctica profesional.

⁵⁸⁰ La Corte señalaría “El perjuicio alegado por el Sierra Club se incurriría en su totalidad por la razón del cambio en los usos a los que se sometería a Mineral King, y el consecuente cambio en la estética y la ecología de la zona. Por

Corte de Justicia de los EUA parece haber abierto una puerta en el caso de *Massachusetts vs. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007) al considerar que el Estado demandante podría sufrir de daños actuales e inminentes por la crecida del nivel del mar y que la negativa de la EPA de regular GEIs contribuye a ello⁵⁸¹. Lentamente quizá, pero las experiencias, por lo menos en la consideración de la equidad intergeneracional en las cortes, se han repetido en distintos puntos del orbe.⁵⁸²

lo tanto, al referirse a la carretera por construirse a través de Sequoia National Park, la denuncia alegaba que el desarrollo ‘destruiría o afectaría negativamente el paisaje, los objetos naturales e históricos y la vida silvestre del parque impediría el disfrute del parque para las generaciones futuras’. No dudamos que este tipo de daño puede equivaler a una ‘daño de hecho’ suficiente para sentar las bases para presentarse en juicio de acuerdo al APA. La estética y el bienestar del medio ambiente, al igual que el bienestar económico, son ingredientes importantes de la calidad de vida en nuestra sociedad, y el hecho de que determinados intereses medioambientales son compartidos por muchos y no por pocos no los hace menos dignos de protección jurídica a través del proceso judicial. Pero la prueba ‘daño de hecho’, requiere no solamente un daño reconocible [405 EE.UU. 727, 735] sino de un interés reconocible. Se requiere que la parte que solicita la revisión se ubique entre los perjudicados” (*The injury alleged by the Sierra Club will be incurred entirely by reason of the change in the uses to which Mineral King will be put, and the attendant change in the aesthetics and ecology of the area. Thus, in referring to the road to be built through Sequoia National Park, the complaint alleged that the development “would destroy or otherwise adversely affect the scenery, natural and historic objects and wildlife of the park and would impair the enjoyment of the park for future generations.” We do not question that this type of harm may amount to an “injury in fact” sufficient to lay the basis for standing under 10 of the APA. Aesthetic and environmental well-being, like economic well-being, are important ingredients of the quality of life in our society, and the fact that particular environmental interests are shared by the many rather than the few does not make them less deserving of legal protection through the judicial process. But the “injury in fact” test requires more than an injury to a cognizable [405 U.S. 727, 735] interest. It requires that the party seeking review be himself among the injured.*)

⁵⁸¹ Véase Mank, Bradford C., “Standing and Future Generations: Does *Massachusetts v. EPA* Open Standing for Generations to Come?” (septiembre 10, 2008), *Columbia Journal of Environmental Law*, 2009,

⁵⁸² Razzaque, Jona, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan, and Bangladesh*, Comparative Environmental, Law & Policy Series, v. 7, The Hague, Kluwer Law International, 2004. La OCDE también hace un recuento de la potencial participación en procesos judiciales del *ombudsman* creado en Hungría,

Dejemos a un lado las experiencias domésticas y regresemos al terreno internacional. Debe quedar muy claro que con las normas internacionales actuales no existe ningún resquicio para incoar una acción en nombre de las futuras generaciones (mediante un representante, por supuesto). Aún así, también permanecen las interrogantes ¿qué papel debe jugar la CIJ ante las futuras generaciones? ¿Podrá la CIJ conocer asuntos que afecten a las futuras generaciones? ¿Hasta qué punto vincularía a la comunidad internacional una decisión de la CIJ relativa a las futuras generaciones? Para intentar dar respuesta reseñaremos las intervenciones de la CIJ que han tenido incidencia en el tema, aunque haya sido de forma tangencial.

A la primera pregunta, bien se puede adelantar que la CIJ es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas y, por tanto, no debería tener algún otro encargo formal que dirimir las controversias surgidas entre Estados o contestar a las opiniones que le son sometidas. Bien es cierto, que para cumplir ese fin, la CIJ debe actuar “de conformidad a derecho internacional”, por lo que esa ventana abre una inmejorable oportunidad para tratar de dar mayor luz a las nuevas cuestiones de la materia. Ahora bien, de eso a que pudiera tener una función de custodio o fideicomisario de las futuras generaciones parece una idea, demasiado elaborada. Así pareciera desprenderse, *prima facie*, de la opinión disidente del juez Weeramantry en el caso sobre pruebas nucleares Nueva Zelanda *vs.* Francia de 1995⁵⁸³ en la que el avezado juzgador señalaría: “Esta Corte debe considerarse a sí misma como un custodio de aquellos derechos [intergeneracionales] de la misma forma que una corte doméstica es custodia de los intereses de un menor que no tiene la capacidad para repre-

véase OCDE (autor corporativo), *OECD Environmental Performance Review: Hungary*, París, 2008, p. 174.

⁵⁸³ Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand *vs.* France) Case.

sentarse a sí mismo” (*This court must regard itself as a trustee of those [intergenerational] rights in the sense that a domestic court is trustee of the interests of an infant unable to speak for itself*).⁵⁸⁴

La expresión de Weeramantry aventaja por demás al lento avance del derecho internacional. Se puede expresar que para cambiar o adecuar la naturaleza de forma drástica de la CIJ se necesitaría el consenso de los Estados que participen de ella y no a través de un acto autoevolutivo. Sin juzgar de su mérito intrínseco y de la simpatía que pueda causar esta idea, en lo particular se debe observar más como una proposición y comprenderse ligada a la evolución del derecho internacional en general. Parece ser que en este sentido lo haría ver Weeramantry más adelante:

Si la corte se encarga de administrar el derecho internacional, y si este principio (de la equidad intergeneracional) se construye a sí mismo en el corpus del derecho internacional, o ya lo ha hecho, este principio, inevitablemente, debe ser una preocupación de esta Corte. El examen en cuestión es demasiado grave como para ser descartado como carente de importancia simplemente porque no existe ningún precedente sobre el que descanse.⁵⁸⁵

Se hace hincapié en que así lo concebía el juez de Sri Lanka, y se dice esto porque al parecer por lo menos un autor ha tomado literalmente la primer parte y juzga probado que Weeramantry es un “acérrimo partidario del papel de la CIJ en relación a las futuras generaciones, en particular la Corte como el (*sic*) custodio de las futuras generaciones”. Por una lectura, quizás apresurada del texto, Malgosia Fitzmaurice cambia el indeterminado “un” por “el” en referencia a un eventual papel tutelar de la CIJ ha-

⁵⁸⁴ *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, Ibidem*, p. 341.

⁵⁸⁵ *Idem*. De acuerdo al texto en inglés: “If this Court is charged with administering international law, and if this principle [of intergenerational equity] is building itself into the corpus of international law, or has already done so, this principle is one which must inevitably be a concern of this Court. The consideration involved is too serious to be dismissed as lacking in importance merely because there is no precedent on which it rests”.

cia los futuros pobladores, sin detenerse a considerar que por su labor de aplicación del derecho internacional se consiguen los propósitos que la norma contiene. En otras palabras, creer que la CIJ es un custodio en sí misma, sería tanto como considerar que ella, al aplicar una norma concerniente a la libertad de navegación o prohibitiva de la piratería, trocara *ipso facto* el papel de patrona de los marinos que de buena y reconocida titularidad gozan la Virgen del Carmen y San Telmo.

Ahora bien, el derecho internacional podría convertirse en “custodio” de los derechos intergeneracionales y no la propia CIJ. Por un momento se pensó que los nuevos retos que se encuentran implícitos en el creciente derecho internacional del medio ambiente o, en su otro matiz, derecho del desarrollo sustentable, debería hacerles frente con innovaciones formales en el ámbito de la Corte. Para ello la CIJ se propuso encarar mediante la creación de una Sala de Asuntos Ambientales en 1993, facultad que le confiere el inciso 1 del artículo 26 del ECIJ. No obstante, a 13 años de haber sido instalada, la CIJ decidió no continuar con ella al no haber sido sometido ningún litigio por los Estados.⁵⁸⁶

Retomando el hilo, la CIJ ha tenido la oportunidad de reconocer el interés que podrían tener las futuras generaciones en situaciones actuales, aunque estas ocasiones no han sido frecuentes. Como ya se ha comentado en esta disertación, en la opinión sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, el tribunal internacional expresó: “el uso de las armas nuclea-

⁵⁸⁶ La práctica ha demostrado que los Estados prefieren que los litigios sean sometidos *en banc*, prueba de ello es que de los 144 casos registrados en la CIJ a octubre de 2009, solamente cinco de ellos fueron resueltos por Salas: *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area between Canada and the United States* (1982), *Frontier Dispute between Burkina Faso and the Republic of Mali* (1985), *Elettronica Sicula S.p.A. (United States of America vs. Italy)* (1987), *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* 1987, *Frontier Dispute (Benin/Niger)* (2002) y *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 in the Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)* (2002).

res constituiría un grave riesgo para las futuras generaciones. La radiación ionizante tiene el potencial de causar daño al ambiente, alimentos y ecosistema marino futuros, así como causar defectos y enfermedades a las generaciones futuras”.⁵⁸⁷ Bajo esta premisa, la CIJ señalaría que para ella es “un imperativo tomar en cuenta las características únicas de las armas nucleares y, en particular su capacidad destructiva, su capacidad para causar sufrimientos humanos incalculables y su habilidad para causar daño a las generaciones venideras”.⁵⁸⁸ La opinión de la CIJ no ha pasado inadvertida en la doctrina, Edith Brown Weiss considera que podría argumentarse que el fallo representa un reconocimiento implícito de los intereses de las generaciones futuras y de la obligación a considerar estos intereses en la aplicación del derecho internacional, aunque sólo sea en el contexto de las armas nucleares.⁵⁸⁹

De particular mérito resultan dichas aseveraciones contenidas en el cuerpo del razonamiento conjunto de los jueces de la CIJ. No habrá que olvidar que el mismo tribunal tuvo ocasión de atestiguar, mediante la Opinión Individual de uno de sus jueces, la trascendencia que podría tener para el desarrollo del derecho del mar la inclusión de la conservación de la herencia para las generaciones, particularmente como un factor relevante a considerar como parte de la equidad que debe guiar a las delimitaciones

⁵⁸⁷ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion del 8 de Julio de 1996, International Court of Justice, par. 35 y 36. Literalmente: “...the use of nuclear weapons would be a serious danger to future generations. Ionizing radiation has the potential to damage the future environment, food and marine ecosystem, and to cause genetic defects and illness in future generations”.

⁵⁸⁸ *Idem*, “...it is imperative for the Court to take account of the unique characteristics of nuclear weapons, and in particular their destructive capacity, their capacity to cause untold human suffering, and their ability to cause damage to generations to come”.

⁵⁸⁹ Brown Weiss, Edith; “Opening the door to the environment and to future generations”, en Boisson de Chazournes, Laurence y Sands, Philippe, *International Law, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 349.

marítimas entre los Estados, en ocasión al diferendo presentado por Dinamarca y Noruega resuelto en 1993. En aquella ocasión Weeramantry observaría en su opinión individual:⁵⁹⁰

Una búsqueda de las tradiciones globales de equidad puede dar paso a perspectivas de importancia de largo alcance en el desarrollo del derecho del mar. Entre aquellas perspectivas profundamente arraigadas en ese respecto, de las cuales el derecho internacional todavía no ha sacado jugo, se encuentran los conceptos de un fideicomiso superior de los recursos de la tierra, un uso equitativo del mismo que se extienda inter-temporalmente, un acuerdo “sui generis” para dichos recursos planetarios, tales como la tierra, lagos y ríos, el concepto de una prudente administración de ellos, y su conservación para el beneficio de las futuras generaciones. El potencial que tiene para el desarrollo del Derecho del Mar es evidente en sí mismo.

Así parece que para 1993, Weeramantry consideraría que la justicia intergeneracional aplicada a este particular terreno se trata *de lege ferenda*. Posteriormente, el mismo juez no ha perdido oportunidad para ampliar el campo de la equidad entre grupos generacionales.

Una de las mejores ocasiones que ha tenido la CIJ para poner a prueba la legalidad del principio de justicia intergeneracional o de aplicar el principio de desarrollo sustentable ha sido la disputa ocasionada por el proyecto de sistema de represas en el Danubio entre la República de Hungría y Eslo-

⁵⁹⁰ Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark vs. Norway), Separate opinion of Judge Weeramantry, 14 de junio de 1993, para. 235. Expresaría a la letra: “A search of global traditions of equity can yield perspectives of far-reaching importance in developing the law of the sea. Among such perspectives deeply ingrained therein, which international law has not yet tapped, are concepts of a higher trust of earth resources, an equitable use thereof which extends inter-temporally, the ‘sui generis’ accorded to such planetary resources as land, lakes and rivers, the concept of wise stewardship thereof, and their conservation for the benefit of future generations. Their potential for the development of the law of the sea is self-evident”.

vaquia.⁵⁹¹ Con todo, la CIJ abordó a mayor profundidad otros temas como el incumplimiento de Hungría del tratado que le comprometía a construir una esclusa en la parte de su territorio y la variación a los planes originales trazados en el tratado por parte de Eslovaquia sin adentrarse a profundidad o primordialmente a las afectaciones al medio ambiente.⁵⁹² A pesar de ello, se puede entresacar que la CIJ reconoció que el respeto al medio ambiente no sólo importa a los Estados, sino a toda la Humanidad en su conjunto.⁵⁹³ Para llegar a ello, la CIJ retomó la definición que sobre dicho concepto expresaría en su opinión sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares en los siguientes términos: “el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio donde hay vida, la calidad de la vida y la misma salud de los seres humanos, incluyendo a las generaciones por nacer”.⁵⁹⁴

Ahora bien, podría quedar la incógnita ¿qué valor jurídico otorga la CIJ a estas conceptualizaciones? Pareciera ser que la CIJ quiso adelantarse a este cuestionamiento y llegó a señalar que la obligación de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control no dañen a otros Estados o áreas fuera de su control forma parte del derecho internacional ambiental. Quizá esta afirmación no parecería novedosa si se recuerda el *Trail Smelter Case*; empero, resulta primicia

⁵⁹¹ Bekker, P. H. F. y Oxman, B. H. (eds.), “International Decision: Gabčíkovo-Nagymaros Project”, 92 *A.J.I.L.* 273, 1998.

⁵⁹² Véase A-Khavari, A. y Rothwell, D. R., “The ICJ and the Danube Dam Case: A Missed Opportunity for International Environmental Law?”, 22 *Melbourne U. L. R.* 507 (1998).

⁵⁹³ “...the great significance that it attaches to respect for the environment, not only for States but also for the whole of mankind”. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), I. C. J. Reports, Judgment of 25 September 1997, para. 53.

⁵⁹⁴ *Idem.* Retomado de Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 29. Literalmente: “...the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn”.

al vincularse al futuro, al conjunto de humanos todavía no nacidos.⁵⁹⁵

La afirmación que se ha hecho en el párrafo pasado no es una suposición gratuita, en el mismo cuerpo de la sentencia, la CIJ toma conciencia de la interferencia humana con la naturaleza que puede traducirse a un riesgo para toda la Humanidad, concepto en el que comprende generaciones presentes y futuras. Así habló la Corte:

A lo largo de los siglos, la humanidad ha, por razones económicas y de otra índole, interferido constantemente con la naturaleza. En el pasado, esto se hizo a menudo sin tener en cuenta los efectos sobre el medio ambiente. Gracias a nuevas ideas científicas y a una creciente conciencia de los riesgos para la humanidad —para las generaciones presentes y futuras— de persistir con tales intervenciones a un ritmo inconsiderado y sin cesar, nuevas normas y estándares se han desarrollado, consecuentemente un gran número de instrumentos se han desarrollado durante las últimas dos décadas. Estas nuevas normas tienen que ser tomadas en consideración y darle propio peso a estos estándares, no sólo cuando los Estados contemplan actividades nuevas, sino también continua con actividades iniciadas en el pasado. Esta necesidad de conciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente se manifiesta claramente en el concepto de desarrollo sustentable.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ *Idem*. “The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, para. 140. “Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind —for present and future generations— of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic

Con esta advertencia y señaladamente, la CIJ devolvió la incumbencia a los Estados litigantes de tomar en cuenta los efectos de sus actos al medio ambiente.⁵⁹⁷ Quizá en esta operación concreta hubiera sido interesante observar como su aplicación a la misma CIJ, pero esto no fue así.

Sin duda, la decisión de la CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* es un paso, por pequeño que sea, para el desenvolvimiento de la noción de justicia intergeneracional. Queda también el esfuerzo de la opinión individual del juez Weeramantry por elongar el concepto de desarrollo sustentable e incursionar en lo que él llama principio de derechos intergeneracionales.

Para dar cuenta de la opinión individual, se ha de bifurcar el análisis hacia dos pensamientos, el primero de ellos el ideario del desarrollo sustentable y justicia intergeneracional sobre el que ensayó historiar el juzgador de Sri Lanka, y; en segundo lugar, el empleo del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* sobre el que el mismo letrado apoya sus tesis, ampliación debida de lo comentado en apartados anteriores de este trabajo.

La manera del juzgador ceilanés (o esrilanqués) retoma las corrientes de pensamiento de todas las regiones del mundo⁵⁹⁸ de los que afirma que el moderno derecho ambiental podría sacar provecho. De aquellos sistemas tradicionales, señala el togado, pueden extraerse principios de gran alcance: el fideicomiso de los recursos de la tierra, de los derechos intergeneracionales, y aquel que señala que el desarrollo y el ambiente deben ir de la mano.⁵⁹⁹

development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.

⁵⁹⁷ *Idem*. "...the Parties together should look afresh at the effects on the environment of the operation of the GabCikovo power plant".

⁵⁹⁸ No se cree que haya un mejor intento por universalizar el derecho internacional *vis-à-vis* el acusado eurocentrismo que le ha caracterizado por cientos de años que la judicatura y obra de Weeramantry. Véase Weeramantry, C. G., *Universalising International Law. Developments in International Law*, v. 48, Leiden, M. Nijhoff Publishers, 2004.

⁵⁹⁹ "Principle of trusteeship of earth resources, the principle of intergenerational rights, and the principle that development and environmental con-

mana, tiene un papel importante que desempeñar al servicio del derecho internacional.⁶⁰¹

Para reafirmar su punto, Weeramantry dio rienda suelta a su buen conocimiento histórico y cita del capítulo 14 del poema Mahavamsa, la “Gran Crónica de Sri Lanka” el siguiente pasaje: “¡Oh! Gran Rey, las aves de los cielos y las bestias tienen el mismo derecho a vivir y moverse en cualquier parte de la tierra como tú. La tierra pertenece al pueblo y a todos los seres vivos, sólo tú eres el guardián de ella” (*Oh! Great King, the birds of the air and the beasts have as equal a right to live and move about in any part of the land as thou. The land belongs to the people and all living beings; thou art only the guardian of it*). Cita en la que cree el ceilanés se encuentra contenido el primer principio del moderno derecho ambiental, el principio del fideicomiso de los recursos de la tierra.

Algo que causa gran interés es la fusión u origen común que se pretende encontrar del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*.⁶⁰² Véase lo que se expresa:

La idea de no causar daño a los demás y por lo tanto *sic tuo ut utere laedas alienum* no era una idea central del budismo. Ello se tradujo también en las actitudes ambientales. “*Alienum*” en este contexto se extendería por el budismo a las generaciones futuras, así como a los demás elementos constitutivos del orden natural más allá

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 105. De acuerdo a la versión en inglés: “sustainable development is thus not merely a principle of modern international law. It is one of the most ancient of ideas in the human heritage. Fortified by the rich insights that can be gained from millennia of human experience, it has an important part to play in the service of international law”.

⁶⁰² Probablemente la parte que le corresponde a herencia legal británica en aquel país, facilitaron la incorporación del término al que se referencia, piedra angular de la teoría de responsabilidad anglosajona (tort law) que fue recogida en el histórico caso *Vaughan vs. Menlove* (1837) 3 Bing. N.C. 467, 132 E.R. 490 (C.P.). El régimen legal de Sri Lanka es, sin duda, excepcional, fruto común del acoplamiento de tradiciones musulmanas, holandesas-románicas, anglosajonas y budistas.

del hombre mismo, ya que concepto budista del deber tenía un alcance enorme.⁶⁰³

Bien hará no extenderse en concepciones legales extraídas del budismo, las cuales están abruptamente fuera de la competencia de lo que sí se podría comentar es que en la tradición romanista *nemine laedere* se traduce como un deber jurídico general; esto es que el sujeto pasivo de la obligación tiene un deber absoluto y restrictivo, lo que lo convierte en un sujeto universal e indeterminado. Por consecuencia, la obligación, al no estar dirigida a un sujeto específico, conlleva un carácter oponible a todos —*erga omnes*—, pero, ¿acaso es necesaria la determinación del sujeto activo de la obligación? En un terreno teórico, probablemente no, inclusive el cumplimiento del deber por parte del sujeto pasivo o el ejercicio del derecho en el caso hipotético de determinación del sujeto activo no restan validez o existencia a la obligación universal, muy por el contrario, la reafirma. La idea de actualizar la identidad del sujeto pasivo en una obligación de esta naturaleza es, por llamarle así, seductora; sin embargo, resulta intrascendente para confirmar la existencia de la obligación. Si bien en el terreno civil es relativamente sencillo determinar la legitimidad para incoar una acción para el cumplimiento de la obligación con base a la afectación de intereses, no resulta esta operación tan sencilla en el terreno que se está pisando; si se tuviera una respuesta contundente a ello, bien se podría dar punto final a esta disertación. Se podría cerrar momentáneamente esta breve digresión, señalando que la divisa *nemine laedere* es tan romana, en el terreno legal, que se puede ubicar su fuente primigenia en preceptos del derecho que de Ulpiano como se apunta en el primer

⁶⁰³ *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, op. cit.*, nota 599, p. 102. En la versión inglesa: “The notion of not causing harm to others and hence sic utere tuo ut alienum non laedas was a central notion of Buddhism. It translated well into environmental attitudes. “Alienum” in this context would be extended by Buddhism to future generations as well, and to other component elements of the natural order beyond man himself, for the Buddhist concept of duty had an enormously long reach”.

capítulo y no se cree que pueda establecer una ciencia jurídica sin tal principio.

Regresando a la opinión judicial, de otros culturas daría cuenta Weeramantry para vivificar la idea del desarrollo sustentable en épocas y regiones remotas; uno de estos apuntes es la referencia a los sistemas de irrigación de las tribus tanzanas Sonjo y Chagga en el África Subsahariana sobre los cuales “se considera que el sagrado deber de cada generación para asegurar que el sistema se mantuvo en buen estado y todos los hombres aptos para el trabajo en las aldeas esperaron tomar parte” (*it was considered to be the sacred duty of each generation to ensure that the system was kept in good repair and all able-bodied men in the villages were expected to take parte*),⁶⁰⁴ añade Weeramantry. Con más recuentos sobre sistemas armónicos con el ambiente, continuaría el togado de Sri Lanka, los *qanats*⁶⁰⁵ persas, los sistemas chinos, incas y de todas regiones, así como ideas expresadas en literatura y obras de todo género. En la Opinión reseñada, serviría por lo menos uno de estos ejemplos para ser adoptado como la “expresión de la idea de los derechos de las generaciones futuras siendo servidos a través de la armonización del trabajo del desarrollo humano y el respeto al entorno natural”.⁶⁰⁶

Vaya que es un paso sustancial el que da Weeramantry al calificar al principio de desarrollo sustentable como una norma consuetudinaria y, si en algún terreno nos hubiera deseado que empleara más tinta de su pluma, es en la penetración y colocación del principio *neminem laedere* en el moderno derecho ambiental.

Por la explicación de Weeramantry y lo que se puede entre-sacar del derecho romano, la prohibición al daño en obligaciones

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 64

⁶⁰⁵ Los *qanats* son sistemas de irrigación que aprovechan la declinación de una colina para extraer el agua que se encuentra debajo de ella a través de un canal subterráneo casi horizontal principal por el que desciende el agua debido al declive con el que se construye.

⁶⁰⁶ “expression of the idea of the rights of future generations being served through the harmonization of human developmental work with respect for the natural environment”. *Ibidem*, p. 106.

universales han acompañado a los diferentes sistemas jurídicos. Ulpiano mismo, al comentar la Lex Aquila⁶⁰⁷ referiría: “Si salic-tum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris, cessare aquiliam”,⁶⁰⁸ lo que se traduce en algo así como “Si has cortado las varillas de la mimbrera⁶⁰⁹ madura, sin lastimar sus raíces, la acción de la Lex Aquila no procede en tu contra”. Parece éste ser un excelente ejemplo de la forma de uso sin daño a un recurso que puede ser aprovechado en el futuro.

3. *Concreción de la justicia penal internacional*

Se ha señalado en el capítulo pasado que el derecho penal internacional puede ser una excelente herramienta para la protección de la misma Humanidad y para los bienes de valor universal que deben ser protegidos para las futuras generaciones (*id est* el medio ambiente y la cultura).

Por el momento se enfocará en la protección cultural, por ser quizá esta área en donde puede encontrarse mayor discusión. Probablemente en un futuro no muy lejano valga la pena adentrarse en otras áreas, aunque hasta el momento, por lo que se ha visto, solo existen cargos por crímenes de guerra y de lesa humanidad, que la labor de la CPI en los procesos que se ventilan actualmente por los atroces actos ocurridos en Uganda, el Congo, Darfur y la República Centroafricana arrojen mayor luz.

Vayase ahora a lo que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha producido en la materia que nos concierne.

⁶⁰⁷ Esta ley codifica dispone el derecho aplicable al daño ocurrido sobre las cosas (*damnum injuria datum*). Su virtud estriba en la reglamentación del daño, con el terrible vicio de considerar cosas a los esclavos, propio de la época.

⁶⁰⁸ Dig. 9.2.27.27.

⁶⁰⁹ El mimbrero o mimbrera es un arbusto de la familia de los sauces que crece de 2 a 3 metros, generalmente a las orillas de los ríos, y que es utilizado en la confección de muebles y artesanías. Las ramillas que se utilizan para ese propósito crecen desde el suelo y se remueven con facilidad.

La sentencia de Pavle Strugar

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY o ICTY por sus siglas en inglés) fue creado en 2003, ante la necesidad de crear una instancia para ventilar los procesos penales de los atropellos cometidos en aquel país. El artículo 3o. de su Estatuto le facultaba al tribunal conocer sobre las infracciones de las leyes o costumbres de guerra y, en particular, a aquellos que “confiscaran, destruyan o intencionalmente causen daños a instituciones dedicadas a la religión, caridad y educación, las artes y las ciencias, monumentos históricos y obras de arte y ciencia”.⁶¹⁰

Un ejemplo de la actividad del TPIY, en la materia que ocupa, fue el proceso de Pavle Strugar por la destrucción ocasionada a la ciudad de Dubrovnik, al que se debe un análisis.

Pavle Strugar, general del ejército del pueblo Yugoslavo (JNA por sus siglas en serbocroata), fue sentenciado en el ICTY el 31 de enero de 2005 a ocho años de prisión por la comisión de crímenes contra la ciudad croata de Dubrovnik en 1991, tales como ataques a civiles y destrucción de edificios civiles y de monumentos históricos y artísticos, pena que sería reducida a siete años y media en la decisión de la sala de apelaciones del 17 de julio de 2008. Por lo que se refiere a los cargos por destrucción de propiedad cultural, la Antigua Ciudad de Dubrovnik llamada la “Perla del Adriático” e inscrita desde 1979 en la lista del patrimonio cultural de la humanidad, sostuvo graves daños por una serie de bombardeos en 1991. La sala que conoció el caso de

⁶¹⁰ Article 3. Violations of the laws or customs of war. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to: (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (e) plunder of public or private property.

Strugar encontró que al militar no podía fincársele responsabilidad por dar órdenes por el ataque a la ciudad de Dubrovnik o por ayudar y amparar el bombardeo, pero sí lo halló culpable del cargo de destrucción por no haber evitado, a sabiendas, que sus tropas podrían destruir los monumentos culturales y por no haber buscado efectivamente a los responsables de tal destrucción.⁶¹¹ La Sala razonaría:

...el bombardeo a la Vieja ciudad del 6 de diciembre de 1991 no fue en respuesta a fuego croata u otras posiciones militares, reales o supuestas, en la Antigua Ciudad, ni fue causada por disparos erráticos o focalizados de la artillería croata. En parte, las milicias del JNA alcanzaron puestos de ataque y otras posiciones croatas, reales o supuestas, en Dubrovnik, pero ninguna de ellas se encontraba en la Antigua Ciudad. Estas posiciones croatas estaban tan distantes de la Antigua Ciudad como para ponerle en peligro de bombardeo incidental no intencionado de la artillería dirigida a las posiciones croatas.⁶¹²

En la acusación corregida presentada por la fiscalía el 31 de marzo de 2003 se cuantifican los daños: 824 edificios en la Antigua Ciudad de los cuales seis fueron completamente destruidos por el fuego. El Instituto para la Rehabilitación de Dubrovnik, en unión con la UNESCO, determinó que los costos de restauración de edificios, calles, plazas, fuentes, terraplenes, puertas y puentes

⁶¹¹ International Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecution *vs.* Pavle Strugar, Case No. IT-01-42, *Judgment*, 31 January 2005. La discusión sobre los hechos principales puede encontrarse en los párrafos del 79 al 214.

⁶¹² “that the shelling of the Old Town on 6 December 1991 was not a JNA response at Croatian firing or other military positions, actual or believed, in the Old Town, nor was it caused by firing errors by the Croatian artillery or by deliberate targeting of the Old Town by Croatian forces. In part the JNA forces did target Croatian firing and other military positions, actual or believed, in Dubrovnik, but none of them were in the Old Town. These Croatian positions were also too distant from the Old Town to put it in danger of unintended incidental fall of JNA shells targeted at those Croatian positions”. *Ibidem*, párr. 214.

se estimaban en 9,657,578 dólares.⁶¹³ La fiscalía no parecería titubear al apuntar “Dubrovnik, fundada en la antigüedad, tiene un número significativo de monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyen la herencia cultural y espiritual de los pueblos”.⁶¹⁴

En la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se transpira la voluntad de sancionar la destrucción de la cultura humana, un patrimonio indisoluble para todos los pueblos. Es el reflejo de una vieja ambición de proteger ciertos bienes de la destrucción de la guerra. No es ninguna coincidencia que Alberico Gentili, después de entresacar del incipiente derecho humanitario de la época a la población en época de guerra,⁶¹⁵ comenzara el capítulo que dedicó a las “devastaciones e incendios” de la guerra con una cita a Polibio,⁶¹⁶ que podríamos traducirse:

Las destrucciones de las fortificaciones y puertos del enemigo, huertos, poblados, villas, naves, cosechas y otros actos similares, por los cuales nuestro enemigo es debilitado y se reafirma la pro-

⁶¹³ International Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecution vs. Pavle Strugar, Case núm. IT-01-42, *Third Amended Indictment*, 31 March 2003, pars. 29-30. “29. An analysis conducted by the Institute for the Protection of Cultural Monuments, in conjunction with UNESCO, found that of the 824 buildings in the Old Town, 563 (or 68.33 per cent) had been hit by projectiles in 1991 and 1992. 438 roofs had been damaged by direct hits and 262 by fragments of projectiles. 314 direct hits were recorded on building facades and on the paving of streets and squares. Six buildings were completely destroyed by fire.

30. In 1993, the Institute for the Rehabilitation of Dubrovnik, in conjunction with UNESCO, undertook a study to determine the costs of reconstructing and repairing the buildings in the Old Town which were destroyed or damaged as a result of JNA shelling in 1991 and 1992. The total cost for restoring public and private buildings, religious buildings, streets, squares, fountains, ramparts, gates, and bridges was estimated at 9,657,578 US dollars”.

⁶¹⁴ *Ibidem*, par. 28. “Dubrovnik, established in antiquity, contains a significant number of historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural and spiritual heritage of peoples”.

⁶¹⁵ “Digni quibus semper parcat, pueri: et dignae foeminae sunt”, afirmaría Gentili para excluir de las muertes ocasionadas por las guerras a los infantes y mujeres. *De iure belli libri tres*, lib. II, cap. XXI

⁶¹⁶ *Historias*, lib. 5, 11.

pia, están permitidos por el derecho de la guerra. Empero la destrucción, que no redunda en la propia causa o en el detrimento de la ajena, de templos, pórticos, estatuas y obras similares por el afán de destrucción deben ser considerados como actos de locura y al nivel de salvajismo.⁶¹⁷

Afortunadamente la primera parte de la cita ya no es aplicable en lo que corresponde a los civiles y, en cuanto a la segunda parte del párrafo, se observara que ahora, con el transcurso de los siglos, los actos que Polibio calificaba de “locura” y “salvajismo”, son considerados ahora como delitos internacionales.

IV. REFLEXIONES SOBRE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS DENTRO Y FUERA DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

1. *La Carta de Naciones Unidas y los mecanismos de solución pacífica de controversias*

El artículo 2.3 de la Carta de Naciones Unidas señala que los Estados miembros “arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”. Esa sería la regla general y las disputas que pudieran generarse por cuestiones de justicia intergeneracional en ningún sentido deberían ser la excepción.

Se ha inscrito el presente capítulo dentro de la visión del cumplimiento de las normas intergeneracionales; sin embargo, se considera prudente señalar la inclusión de este reforzamiento de

⁶¹⁷ “Quod saeuire in hostes et eorum castella, hortos, urbes, uillas, naues, fructus, deuastare, aliaque his similia facere, per quae hostium uires debilitentur, confirmentur suae, iura belli permittunt, ea uero destruere, quae nec propriis rebus emolumentum aliquid afferunt, nec hostibus detrimenti, ut sunt templa, porticus, statuac, aliaque huiusmodi, rabiosi esse ac furentis plane”. Existe una edición al español en: Polibio, *Historias*, trad. y notas de M. Balasch Recort, Madrid, Gredos, 1981, en la que el lector puede consultar otra traducción.

las normas dentro del sistema de solución de controversias y analizar qué tanto está inscrito dentro del Sistema de Naciones Unidas. Para ello se hace una mención de lo que la Carta de Naciones Unidas dispone como medios pacíficos de solución de controversias, en caso de que pudiera aceptarse que los Estados pueden subrogarse en la exigencia del cumplimiento de una obligación de contenido intergeneracional.

Ahora bien, los medios pacíficos de solución de controversias están establecidos en el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas en el cual se enuncia: “la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”. Pareciera de la enunciación del artículo mencionado que los Estados tienen un deber de acudir a estos medios de arreglo pacífico de controversias cuando la continuación de la controversia sea susceptible de sea susceptible de “poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”,⁶¹⁸ cuestión última que peca de subjetividad que se aumenta en el campo intergeneracional.

2. *Mecanismos dentro del sistema de Naciones Unidas*

A. *De naturaleza política*

Este capítulo se ha enfocado a las instituciones que tienen a su cargo el cumplimiento de algunas normas que pudieran tener un contenido intergeneracional; sin embargo, dentro del sistema

⁶¹⁸ En 1982 se aprobaría la *Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales*, por la cual los Estados reafirmarían el deber de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, y la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Véase Res. 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de noviembre de 1982.

de Naciones Unidas existen ciertos mecanismo para la solución pacífica de controversias, de entre las cuales algunas podría surgir por el incumplimiento de las obligaciones expresadas en esta disertación.

Por regla general, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Secretaría General y la CIJ, entidades creadas por la Carta, tienen un rol marcado en la solución de controversias. Si bien a la última de estas instituciones se le ha dedicado unas páginas de este capítulo, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Secretaría General merecen una mención aparte.

Dentro de la Asamblea General, de acuerdo al artículo 11 de la Carta, podrán discutirse “toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”; de lo que se desprende que los temas están limitados a la consideración subjetiva de que debe entenderse por mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y a que no podrá emitir recomendación alguna si las controversias se ventilan en el Consejo de Seguridad. De esta manera y de conformidad con la misma Carta,⁶¹⁹ la Asamblea General puede recomendar medidas para la solución pacífica de cualquier controversia, independientemente de cuál sea su origen.

Ahora bien, ¿podría la Asamblea General participar en un cuestión con un contenido intergeneracional? Quizá podría decirse que sí la controversia se refiere a situaciones entre Estados en los que quizá indirectamente se trate de un conflicto entre generaciones, sí; aunque el caso contrario quizá sería más difícil de fundamentar. No se trata de derivar una competencia de la Asamblea General que no la tiene, la intervención de ella se puede justificar cuando se trate situaciones que puedan

⁶¹⁹ Artículo 14. Salvo lo dispuesto en el artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

afectar “el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones”.⁶²⁰

Por su parte, el Consejo de Seguridad, con una preeminencia sobre la Asamblea General en resolución de disputas, puede dirigir sus esfuerzos en situaciones que pongan en peligro la paz, entre las cuales, aunque no son enlistadas o definidas, podrían llegar a incluirse algunas situaciones ambientales como los daños causados por el cambio climático o por la devastación de recursos naturales.

Es de reconocerse que la injusta explotación de recursos ha dado pauta, o por lo menos ha sido una de las causas, a la intervención del Consejo de Seguridad⁶²¹ y si la tendencia sigue por el camino del deterioro ambiental mundial, quizá no sea difícil encontrar más actividad de este organismo en la materia.

⁶²⁰ En materia ambiental es fácil observar que la Asamblea General no ha eludido incursionar en situaciones que considera que pueden afectar el “bienestar general o las relaciones amistosas” Un ejemplo de ello son las resoluciones 61/194 del 20 de diciembre de 2006, 62/188 del 19 de diciembre de 2007 y 63/211 del 19 de diciembre de 2008, 64/195 del 21 de diciembre de 2009 sobre el derrame petrolero en las costas libanesas. Estas resoluciones tuvieron como origen el conflicto originado por el desastre ambiental causado por la destrucción por parte de la aviación israelí de unos tanques petroleros en la costa libanesa causando que el derrame se extendiera hasta la costa siria. Particularmente, en la última resolución señalada (párr. 2 y 3) la Asamblea General recomendó: “...to assume responsibility for prompt and adequate compensation to the Government of Lebanon and other countries directly affected by the oil slick, such as the Syrian Arab Republic whose shores have been partially polluted, for the costs of repairing the environmental damage caused by the destruction, including the restoration of the marine environment”.

⁶²¹ Así lo ha reconocido el mismo Consejo de Seguridad en el conflicto de la República del Congo; S/RES/1649 (2005), adoptada el 21 de diciembre de 2005. Específicamente, se puede extraer de dicho documento: “*Aware* that the link between the illegal exploitation of natural resources, the illicit trade in those resources and the proliferation and trafficking of arms is one of the factors fuelling and exacerbating conflicts in the Great Lakes Region of Africa ...16. Demands further that all States neighbouring the Democratic Republic of the Congo as well as the Government of National Unity and Transition, impede any kind of support to the illegal exploitation of Congolese natural resources, particularly by preventing the flow of such resources through their respective territories; and especially in the Democratic Republic of the Congo.

La Secretaría General de la ONU puede fungir como árbitro o mediador entre Estados,⁶²² por lo que es dable mencionarle como uno de los medios dentro del sistema de Naciones Unidas que podría, hipotéticamente, considerar una disputa con un contenido intergeneracional indirecto. Lo mismo podría señalarse sobre la interposición de un organismo internacional.

Hasta aquí se ha llegado por lo que se refiere a los mecanismos de naturaleza política dentro del Sistema de Naciones Unidas, a los que no debe menospreciarse su eficacia por su naturaleza. Bien puede acogerse en este apartado lo señalado por Brownlie en este tema:

Los órganos políticos como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pueden y con frecuencia se ocupan de pruebas y argumentos jurídicos, aunque la base de la acción sigue siendo fundamentalmente política. La Asamblea General, en particular, ha ofrecido un foro útil para resolver los conflictos, aunque su trabajo en este sentido tiende a ser olvidado.⁶²³

B. *De naturaleza judicial o arbitral*

Bastante se ha mencionado ya sobre la CIJ y los arbitrajes en este capítulo y si bien solo esa corte corresponde en sentido estricto al ámbito del Sistema de Naciones Unidas, el recurso al arbitraje necesita una justipreciación por su eficacia en la solución de controversias, el logro del cumplimiento de compromisos

⁶²² Aquí bien podría recordarse la mediación y eventual arbitraje del secretario general Javier Pérez de Cuellar en el caso del *Rainbow Warrior*, navío que fue saboteado y hundido por agentes franceses en un puerto de Nueva Zelanda. Véase *Rainbow Warrior Case*, 74 ILR 241 at 256.

⁶²³ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 701. En el texto se lee: "Political organs like the General Assembly and Security Council of the United Nations, may and often do concern themselves with evidence and legal argument, although the basis for action remains primarily political. The General Assembly, in particular, has provided a useful forum for settling disputes although its work in this respect tends to be forgotten".

internacionales y la clarificación del derecho internacional que debe valorarse tan cumplidamente como en el caso de la CIJ.

Ahora bien, dentro del mismo Sistema de Naciones Unidas debe incorporarse el trabajo del Tribunal Internacional del derecho del mar, que si no se ha incorporado una mención específica en este capítulo es por cuestión de espacio. De esta manera, junto con la CIJ constituyen lo que se podría llamar mecanismos judiciales de solución de controversias del Sistema de Naciones Unidas.⁶²⁴

3. *Mecanismos fuera del sistema de Naciones Unidas*

En este capítulo se ha reseñado algunos diferendos sometidos a arbitraje, figura que, en estricto sentido, no pertenece al Sistema de Naciones Unidas. Lejos de ello, el recurso al arbitraje es mucho más antiguo que la creación misma de una organización con fines universales. Sobre lo que vale recapitular con más profundidad es sobre la aparición de regímenes especializados o autónomos en los cuales los Estados someten sus controversias o buscan el cumplimiento normativo. Se ha analizado la existencia de ellos dentro

⁶²⁴ Los mecanismos de la Organización Mundial de Comercio y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual no se incluyen en este apartado por considerarse que la relación podría ser más lejana con las normas que se han señalado que puedan tener un contenido intergeneracional; aunque, por lo menos, debe considerarse que han habido controversias ventiladas en el primer organismo con un gran contenido ambiental como la controversia sobre el atún y el delfín, el caso del camarón y la tortuga marina, cuyo fundamento de competencia para el conocimiento del asunto fue a través del inciso *g*) del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio que señala como excepciones generales al comercio las medidas que no sean arbitrarias e injustificadas, aquellas: *b*) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales... *g*) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. Sobre este tópico en particular existen diferentes recapitulaciones, entre ellas véase Brown Weiss, Edith *et al.*, *Reconciling Environment and Trade*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers-Koninklijke Brill, 2008.

de tratados ambientales y relativos el patrimonio común de la Humanidad. Sin duda, la existencia de estos regímenes, entre los cuales se encuentran los NCPs del Protocolo de Montreal, han sido objeto de debate en el área internacional y, parte de ello, llevo a que la misma Comisión de derecho internacional estudiara el tema de la fragmentación. Si bien esto ocuparía para mayores reflexiones, es importante resaltar que la incorporación de nuevos temas en la agenda de los Estados ha dado como resultado la aparición de nuevos procedimientos, a lado de los tradicionales, para llevar al cumplimiento y la solución de eventuales controversias.

Pues bien, mecanismos jurisdiccionales o no, dentro o fuera del sistema de Naciones Unidas, tradicionales o novedosos, la incidencencia que ellos tienen en la protección de los bienes de valor universal para las futuras generaciones, pavimentan el camino para el reconocimiento de nuestra responsabilidad con nuestros descendientes a dar cabida a la proyección de un derecho con aspiraciones universales.

V. REFLEXIONES FINALES

No existe una autoridad superior a los Estados; a pesar de ello, el derecho internacional busca fórmulas originales para que se cumpla la norma. La enunciación de la norma de forma estática es valiosa en sí misma y es complementada por un necesario proceso que le permite llegar a su cumplimiento.

El derecho internacional general tiene sus propios mecanismos para acercar a los actores a cumplir con su contenido. Además de ello, algunos tratados particulares tienen procedimientos *ad hoc*. Esto representa un avance, no sólo en las materias que tienen incidencia en el campo intergeneracional, también en la propia naturaleza del derecho internacional. Particularmente, los tratados medioambientales cuentan con estrategias de cumplimiento para sus normas sustantivas que incluyen métodos de transparencia, incentivos y medias coercitivas.

Puede concluirse que en los casos analizados de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono —Protocolo de Montreal y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático— Protocolo de Kioto, las estrategias de cumplimiento logran su propósito en términos generales.

El caso del Convenio de Viena-Protocolo de Montreal es paradigmático, y ha servido como un precedente importante para inspirar acuerdos basados en un convenio marco y un protocolo, así como para la adopción de estrategias de cumplimiento y mecanismos financieros. En particular el procedimiento en caso de incumplimiento es una institución práctica para hacer efectiva a la norma, sin dejar a un lado la mecánica del derecho internacional que acude en forma supletoria. Lo anterior, deja constancia de que los tratados que han sido inspirados, por lo menos en parte, por el principio de equidad intergeneracional pueden encontrar mecanismos o estrategias para que las normas derivadas de dicho principio cobren efectividad.

Por otro lado, han existido propuestas de instituciones de vigilancia *ad hoc*. Tal fue el caso de la malograda propuesta de una oficina de un guardián para las futuras generaciones presentada ante la CNUMAD en 1991. De llegarse a concretar algún día, ésta habrá que dotarle de *ius standi* ante tribunales internacionales como la CIJ, tribunales regionales, cortes nacionales y cuerpos administrativos. Además, resultaría conveniente que cuente con la participación activa de actores no estatales.

A pesar de que no existe un guardián u *ombudsman* para las futuras generaciones, algunas instituciones internacionales inciden en la protección de las futuras generaciones. Cuerpos que van desde la propia ONU en su misión de paz, hasta otros más especializadas como la CNUMAD, el PNUMA, la CDS, entre otros.

Por lo que toca a las cortes internacionales, ellas no han sido ajenas a escuchar voces que se alzan en nombre de las futuras generaciones. Por cuestión de la colocación en el tiempo, no pue-

den tener *locus standi* en un sentido material; sin embargo, podrían llegar a tenerlo si se designara a algún actor que les representara. Por lo menos, en la configuración actual de los tribunales internacionales como la CIJ, no es posible una figura de representación. Para ello sería necesaria una reforma estructural que no se ve cercana en el corto o mediano plazo.

A pesar de lo señalado en el párrafo anterior, en algunas decisiones de la CIJ se ha tomado en cuenta o se vislumbra al principio de equidad intergeneracional. La propia corte no es un guardián para las futuras generaciones; sin embargo, sí es su tarea aplicar el principio de equidad intergeneracional, en la medida que éste se vaya consolidando, y las normas que han sido inspiradas por él. Del máximo tribunal internacional se recoge un enunciado, en su opinión sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, que denuncia la imperatividad de tomar en cuenta la capacidad de la generación presente de causar daño a las generaciones venideras, cuestión a la que se le adhiere. En otros campos, como el medio ambiente, la CIJ ha extendido la preocupación por las generaciones venideras, particularmente al reconocer la vigencia del concepto de desarrollo sustentable. Esta concepción ha podido ser desarrollada en opiniones individuales, particularmente del juez Weeramantry, que además de reconocer el principio de desarrollo sostenible, abren paso al principio de equidad intergeneracional. Estas aportaciones dan cabida a sostener que es un principio vigente en pasos de consolidarse en la esfera internacional que tienen su origen en la máxima *neminem laedere* extendida en el tiempo, en términos universales.

Por otro lado, la justicia penal internacional no ha quedado ajena a la protección de bienes universales para las generaciones futuras, desde los ámbitos culturales hasta la propia sanción al genocidio. Del primero de estos ámbitos queda constancia de la sanción a Pavle Strugar por la destrucción de propiedad cultural en la Antigua Ciudad de Dubrovnik por parte del TPIY, en cuya sentencia se transpira la voluntad por proteger estos bienes para las futuras generaciones.

Asimismo, existen otro tipo de instancias no jurisdiccionales, de naturaleza política, que inciden en protección de las necesidades de nuestros descendientes. Todo ello, pavimenta el camino de la protección, de la aceptación de la responsabilidad presente por custodiar los bienes de valor universal para las futuras generaciones, al reconocimiento del principio de equidad intergeneracional como un capítulo más de la justicia universal.