

LA HUMANIDAD COMO CATALIZADORA DE OBLIGACIONES OMNIUM ET ERGA OMNES EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

HUMANITY AS A CATALYST FOR OBLIGATIONS OMNIUM ET ERGA OMNES IN THE FIGHT AGAINST CLIMATE CHANGE

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ*

Sumario. I. LA IDEA DE HUMANIDAD COMO PRINCIPIO CIVILIZADOR: DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A OTROS SECTORES DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL. II. LA PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA COMO UNA PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD. III. DEL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD A LA PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO: LAS OBLIGACIONES *OMNIUM* Y *ERGA OMNES*. IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL DERIVADOS DE LA NOCIÓN DE PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD. V. LA NOCIÓN *PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD* ¿IMPLICA UN DERECHO TRANS-GENERACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL QUE LAS GENERACIONES FUTURAS APARECEN COMO TITULARES DE DERECHOS? VI. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES *OMNIUM* Y *ERGA OMNES* EN CUESTIONES QUE SON PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD, COMO LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL. VII. CONCLUSIONES.

Resumen: La idea de humanidad como principio civilizador del Derecho internacional, ha pasado del ámbito humanitario a otros sectores del ordenamiento internacional, como el medio ambiente, a través de la protección de la atmósfera como una preocupación común de la comunidad internacional. Estamos en un momento histórico, similar al experimentado en 1945, cuando la protección de los derechos humanos dejó de ser considerada una cuestión que era un asunto interno de cada Estado para pasar a ser un asunto de interés internacional. En este estudio se analizan los recientes trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, de los que parece inferirse la existencia de obligaciones *omnium* y *erga omnes* con respecto a la protección del medio ambiente a escala global. Asimismo, se defiende las eventuales consecuencias que se derivan de su incumplimiento, en cuestiones que son preocupación común de la humanidad.

Abstract: The idea of humanity as a civilizing principle of international law has passed from the humanitarian field to other sectors of the international order, such as the environment, through the

Fecha de recepción del trabajo: 31 de marzo de 2022. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de mayo de 2022.

* Daniel García San José. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Sevilla. dagarcia@us.es Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 1 de mayo de 2022.

protection of the atmosphere as a common concern of the international community. We are in a historical moment, similar to the one experienced in 1945, when the protection of human rights ceased to be considered an issue that was an internal matter of each State to become a matter of international interest. This study analyzes the recent works of the International Law Commission, from which the existence of obligations omnium and erga omnes with respect to the protection of the environment on a global scale seems to be inferred. Likewise, the eventual consequences that derive from its non-compliance, in matters that are a common concern of humanity, are defended as well.

Palabras clave: contaminación atmosférica como preocupación común de la humanidad – principios generales del Derecho internacional – obligaciones *omnium* y *erga omnes* - generaciones presentes y futuras.

Keywords: *atmospheric pollution as a common concern of humankind – general principles of international law – obligations omnium and erga omnes - present and future generations.*

I. LA IDEA DE HUMANIDAD COMO PRINCIPIO CIVILIZADOR: DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A OTROS SECTORES DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

En los últimos años han aparecido diversas publicaciones en las que se aboga por establecer un Derecho de la humanidad (law of Humanity¹) en contraposición al “Derecho de los Estados”, asumiendo una lectura excesivamente simplificada del Derecho internacional actual. No pretende este estudio abordar el tema de la subjetividad internacional de la humanidad², sino más bien, indagar sobre las consecuencias que tiene para el ordenamiento internacional del siglo XXI, la función de gestión de los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto; y más precisamente, la preservación del medio ambiente a escala global a través de la idea de la humanidad como catalizadora de emergentes obligaciones *omnium* y *erga omnes* derivadas en este ámbito de principios de Derecho internacional general.

Una de las características del Derecho internacional del medio ambiente, desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972³ y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y desarrollo, de 13 de junio de 1992⁴, es que está experimentando una evolución desde una perspectiva bilateral y transfronteriza a otra regional y global. Este cambio no parece que sea casual sino reflejo, como ha ocurrido en otros sectores del Derecho Internacional –en particular, en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos- de la progresiva, aunque incompleta, sustitución

¹ *Vid.* al respecto, el estudio que hace SELLERS, M.: *Republican Principles in International Law*, New York, Palgrave MacMillan, 2006, en especial, capítulo 3, pp. y ss. TEITEL, R.: “Humanity’s Law”, publicado en Oxford Scholarship Online, January 2012, DOI:10.1093/acprof.oso/9780195370911.003.0009

² *Vid.* SÁNCHEZ, V. (dir.): *Individuo, humanidad y sociedad internacional*, Barcelona, Huygens, 2012. GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: “Las Organizaciones Internacionales, sujetos atípicos y otros sujetos del Derecho Internacional”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Dir.): *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 2ª ed., 2019, pp. 108 y ss.

³ Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1.

⁴ Doc. A/CONF. 151/5/Rev. 1.

de un Derecho Internacional de la coexistencia por un Derecho Internacional de la cooperación⁵ en el que cada vez se toma más en consideración el concepto de humanidad⁶ y que pueda suplir las deficiencias estructurales de la comunidad internacional traducidas en técnicas de autoprotección.

En este sentido, la idea de humanidad conlleva implícita una idea civilizadora que no debe entenderse como la imposición de estándares por parte de Estados civilizados – occidentales- sobre Estados no civilizados –no occidentales-⁷. Por el contrario, cuando nos referimos a la idea civilizadora de la humanidad lo hacemos refiriéndonos al establecimiento de un orden público internacional en el que junto a las normas de derecho dispositivo –fruto de la voluntad de los Estados- es posible defender la emergencia de normas de *ius cogens* en materia de protección del medio ambiente a escala global a partir de principios generales de naturaleza consuetudinaria. Estas páginas retoman las ideas defendidas en 1985 por el Profesor Carrillo Salcedo cuando apuntaba que la noción de *ius cogens internacional* trae consigo cauces de concreción jurídica de la noción de comunidad internacional y vías de transformación cualitativa del Derecho internacional en el que hoy es posible jurídicamente algo que en el Derecho internacional tradicional resultaba casi inconcebible: un orden público de la comunidad internacional.⁸

Como premisa de partida de este estudio se asume la idea de que la noción de humanidad ha sido considerada como un principio civilizador y de desarrollo del Derecho Internacional y de la sociedad que aspira a regular especialmente en el ámbito de la conducción de hostilidades⁹. La Declaración de San Petersburgo, de 29 de noviembre de 1968, por la que se prohibían determinados tipos de armas durante un conflicto bélico; la *cláusula Martens* derivada de la Cuarta Convención sobre los usos y leyes de la guerra terrestre, adoptada en la Conferencia de Paz de La Haya en 1907, pasando por la “consideraciones elementales de humanidad” a las que se refirió la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1949 en el caso del Estrecho de Corfú¹⁰, son algunos de los ejemplos de la invocación de la humanidad como idea civilizadora y de progreso que algunos autores no han dudado en identificar como el germen de un orden público

⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El derecho internacional en perspectiva histórica*. Madrid, Tecnos, 1991, y *Droit international et souveraineté des États, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 257 (1996). En el ámbito específico de los derechos humanos, del mismo autor, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 2001.

⁶ DUPUY, R.-J.: *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, The Hague; Boston, Mass., Nijhoff, 1984, p. 459.

⁷ Evitamos asumir un sentido justamente criticado desde la doctrina como la expresión de tesis coloniales en el siglo XIX y como actuales formas de neocolonialismo contemporáneo. Vid. GAMARRA CHOPO, Y. (Coord.): *El discurso civilizador en Derecho Internacional*, Institución “Fernando el Católico”, Diputación de Zaragoza, 2011. Disponible en <http://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3141>

⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 212.

⁹ COUPLAND, R.: “Humanity: What is it and how does it influence international law?”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 2001, vol. 83, Nº 844, p. 969 y ss.

¹⁰ *I.C.J. Reports*, 1949, p. 22.

internacional en materia de derechos humanos limitador de la voluntad de los Estados por medio de normas de *ius cogens*¹¹.

Como corolario de esta idea civilizadora asociada a la noción de humanidad –tal como ha sido precisada conceptualmente-, se defiende su carácter dinámico, que no se agota en estos ejemplos, y que ha colonizado otros sectores del ordenamiento jurídico internacional, como la protección del medio ambiente. Como recuerda el Relator Especial sobre la protección de la atmósfera en su primer informe de 2014 a la Comisión de Derecho Internacional¹², desde la década de 1980, el mundo ha sido testigo del rápido deterioro del medio ambiente mundial en la forma del agotamiento del ozono y el cambio climático. La reacción inicial de la comunidad jurídica internacional se ha plasmado en diversos instrumentos: el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, de 1985¹³; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, de 1987¹⁴; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992¹⁵; el Protocolo de Kioto, de 1997; y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, entre otros ejemplos¹⁶, evidenciando que ha cobrado fuerza la idea de la preocupación común de la humanidad por la preservación del medio ambiente a escala global, en conexión con la idea de justicia intrageneracional e intergeneracional¹⁷.

¹¹ Como ha escrito a este respecto el profesor Carrillo Salcedo: "la prohibición de los crímenes contra la humanidad, de la privación arbitraria de la vida, de la tortura, junto con la afirmación del carácter intransgredible de los principios esenciales del Derecho internacional humanitario, son ejemplos de la progresiva consolidación en Derecho internacional público positivo de una especie de *orden público internacional*, esto es, de principios y normas de *ius cogens internacional*, cuyo fundamento último se encuentra en la idea de comunidad internacional y en la convicción de que existen en ella unos principios y normas por encima de la voluntad de los Estados." CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 153. Igualmente, del mismo autor: "Droit International et Souveraineté des États. Cours General de Droit International Public, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, op. cit., pp. 64 a 67 y 221. (La cursiva es del original)

¹² Párr. 26 del Primer Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 14 de febrero de 2014, Doc. A/CN.4/667.

¹³ Aprobado en Viena el 22 de marzo de 1985 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1513, núm. 26164); entró en vigor en 1988.

¹⁴ Aprobado en Montreal el 16 de septiembre de 1987 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369); entró en vigor en 1989.

¹⁵ Aprobada en Nueva York el 9 de mayo de 1992 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822); entró en vigor en 1994.

¹⁶ Aprobado en Kioto el 11 de diciembre de 1997 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 30822); entró en vigor en 2005.

¹⁷ BROWN WEISS, E.: *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, United Nations University, Tokyo, 1989. Como se explica en el primer informe sobre la protección de la atmósfera preparado en 2014 por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, Sr. Shinya Murase, las implicaciones del concepto de la preocupación común de la humanidad en relación con las cuestiones ambientales mundiales se examinaron en una reunión del Grupo de Expertos Jurídicos del PNUMA, celebrada en Malta del 13 al 15 de diciembre de 1990, identificando dos facetas importantes: una espacial, esto es, la cooperación de todos los Estados en asuntos igualmente importantes para toda la comunidad internacional; junto a otra faceta temporal derivada de las consecuencias a largo plazo de los principales problemas ambientales que afectan no solo a las generaciones presentes, sino también de las generaciones futuras. Nota a pie n° 197 del Primer Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 14 de febrero de 2014, Doc. A/CN.4/667.

A la luz de estas consideraciones, la pregunta que debemos hacernos es si asistimos a un emergente orden público internacional en materia de protección del medio ambiente a escala global. En las páginas siguientes pretendo justificar una respuesta afirmativa a esa cuestión, mostrando los avances significativos en la preservación del medio ambiente a escala global a través de la idea de “preocupación común de la humanidad” que se vienen produciendo en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, como catalizadora de un emergente orden público internacional caracterizado por la presencia de obligaciones *omnium et erga omnes* derivadas de principios de Derecho internacional general¹⁸.

II. LA PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA COMO UNA PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD

A finales de los años noventa del siglo XX, la Comisión de Derecho Internacional estableció los criterios que debía reunir cualquier tema que fuera propuesto para su codificación y desarrollo progresivo¹⁹, destacando la conveniencia de ocuparse de “las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las cuestiones de mayor interés para la comunidad internacional en su conjunto”²⁰. En su 63º periodo de sesiones (2011), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir la protección de la atmósfera en su programa de trabajo a largo plazo, confirmando esta decisión el 9 de agosto de 2013 al nombrar como Relator Especial sobre el tema al Sr. Shinya Murase. Éste, en su primer informe sobre la protección de la atmósfera, presentado ante la Comisión de Derecho Internacional en 2014²¹, señaló que la protección de la atmósfera era un tema idóneo para ser objeto de codificación, tras haberse convertido en una preocupación acuciante para la comunidad internacional contemporánea pues, en sus propias palabras: “la atmósfera (masa de aire) es el mayor recurso natural del planeta, y es indispensable para la supervivencia de la humanidad.”²²

No es una sorpresa la inclusión de la protección de la atmósfera en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional, a la luz de los numerosos instrumentos sobre la

¹⁸ Aunque volveremos más adelante sobre esta cuestión, es de destacar que los principios generales del Derecho internacional aplicables a la protección del medio ambiente a escala global no se limitan a expresar un *desiderátum* sino que tienen un cierto peso jurídico que debe ser tomado en consideración por los Estados. Doc. A/CN.4/681, Segundo informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 2 de marzo de 2015, párr. 24.

¹⁹ Que reflejara las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del Derecho internacional; que se hallara en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados y que fuera concreto y viable para permitir su desarrollo progresivo y su codificación. *Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1997, vol. II, segunda parte, párr. 238; *ibid.*, 1998, vol. II, segunda parte, párr. 553.

²⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1997, vol. II, segunda parte, párr. 238.

²¹ Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014, Primer informe sobre la protección de la atmósfera preparado por el Relator Especial. Doc A/CN.4/667.

²² Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014, Primer informe sobre la protección de la atmósfera preparado por el Relator Especial. Doc A/CN.4/667, apartado 12 del informe.

protección del medio ambiente a escala global que incluyen una alusión a las cuestiones que son una *preocupación común de la humanidad*²³, en la medida en que dicha expresión, implica la necesaria cooperación de todos los Estados sobre las cuestiones que son de importancia similar para todos ellos²⁴.

La identificación del cambio climático como una preocupación común de la humanidad²⁵ ha suscitado varios problemas teóricos. En primer lugar, está la cuestión relativa a si la humanidad podría ser considerada como un nuevo sujeto del Derecho Internacional. Con independencia de la atención que prestamos a este punto en el epígrafe 5 de este estudio al abordar las generaciones futuras²⁶, podemos avanzar en este momento que por muy loables que sean los motivos para defender tal posición, la falta de una suficiente estructura que soporte y vertebré esa humanidad, aun excesivamente incorpórea, no permitiría identificarla como un auténtico sujeto del Derecho Internacional, capaz de ejercitar sus derechos y cumplimentar sus obligaciones en este ordenamiento. Recuérdese que aún no está articulado mecanismo alguno de legitimación activa o pasiva de la humanidad ante instancias internacionales –como sucede con la persona humana- ni tampoco está prevista una serie de obligaciones que completen los derechos reconocidos a la humanidad, más allá de algunos ejemplos a nivel nacional.²⁷

Algunos autores como Cançado Trindade y Pureza Da Silva²⁸, han preferido considerar a la humanidad como el catalizador necesario de la primacía de los intereses generales sobre los particulares de los Estados a partir de una relectura de la soberanía nacional. En opinión de estos autores²⁹, ello sería posible a partir de la idea-eje del patrimonio común de la humanidad no en un sentido tradicional –el régimen de *res communis*–, sino innovador, en el sentido de que es posible y necesaria, desde la lógica del ejercicio de la soberanía del Estado, “una gestión racional de los bienes guiada por la noción de función

²³ A título de ejemplo, véanse el párrafo primero del preámbulo de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático o el párrafo 3 del Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

²⁴ Doc. A/CN.4/681, Segundo Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, *op. cit.*, párr. 26.

²⁵ Así se destaca en el Preámbulo (tercer párrafo) del texto y título de los proyectos de directriz y de preámbulo aprobados por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura sobre la protección de la atmósfera, Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021.

²⁶ Las generaciones futuras están presentes en números tratados y declaraciones en materia de protección del medio ambiente y el Relator Especial para la protección de la atmósfera se ha referido a las generaciones futuras no sólo en el preámbulo (párr. 7): “Reconociendo que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta” y en la Directriz 6 (Utilización equitativa y razonable de la atmósfera): “La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo plenamente en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.” Doc. A/CN.4/L.951, Texto y título de los proyectos de directriz y de preámbulo aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura, 15 de mayo de 2021.

²⁷ DE ARMENTEROS CABOT, M., “El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2021, nº 44, pp. 1 y ss.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A.: “International Law for Humankind: Towards a New *ius gentium*”, *Recueil des Cours*, vol. 217, 2005. PUREZA DA SILVA, J. M.: *El Patrimonio común de la humanidad*, Madrid, Trotta, 2003.

²⁹ DUPUY, P.-M.: *Droit International Public*, 7ª ed., Paris, Dalloz, 2004, págs. 752-754. CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Le concept de patrimoine común de l’Humanité”, en *Ouvertures en Droit International. Hommage à René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 2000, pp. 55 a 66, en particular, p. 63.

social de la soberanía tomando como referencia a la Sociedad Internacional en su conjunto o, más precisamente, la trans-temporalidad y trans-espacialidad de la humanidad.”³⁰

De este modo, la redefinición de la soberanía como *soberanía responsable* exige ver a los Estados en relación con los espacios comunes no bajo el principio del “*first arrived, first served*” sino como agentes de garantía del cumplimiento de referencias normativas internacionales, de manera que sus competencias se encuentran definidas en función del cumplimiento del interés de la comunidad internacional en su conjunto³¹. Uno de los mejores ejemplos de esta idea de soberanía responsable la ofreció el Secretario General de Naciones Unidas en su informe *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, de 21 de marzo de 2005, cuando aludió al principio de rendición de cuentas de los Estados “ante sus ciudadanos, de los Estados entre sí, de las instituciones internacionales ante sus miembros y de la presente generación ante las generaciones futuras.”³²

La principal crítica que puede hacerse a la aproximación de la soberanía responsable de los Estados como cauce idóneo para la protección del medio ambiente a escala global es que no es un recurso en particular –en el presente caso, la atmósfera– el que tiene carácter común, sino las amenazas a ese recurso las que constituyen una preocupación común, ya que los Estados contribuyen conjuntamente al problema y además comparten sus efectos.³³ Así lo señaló el Relator Especial sobre la protección de la atmósfera en su primer informe en 2014, cuando rechazó la aplicación del concepto de los recursos naturales compartidos a los problemas ambientales mundiales relacionados con la atmósfera: “La atmósfera desde larga data se ha considerado ilimitada, no exclusiva y neutral (simplemente no justifica una contienda al respecto), pues se suponía que todos podían beneficiarse de ella sin por ello privar de su disfrute a los demás. Esa hipótesis ya no es válida. Aunque la atmósfera no es explotable en la acepción común del término (por ejemplo, en el contexto de los recursos de petróleo y gas), su preservación adecuada es necesaria para que los organismos puedan respirar y disfrutar de condiciones climáticas estables; así pues, toda industria contaminante o Estado contaminante, en verdad explotan la atmósfera mediante la reducción de su calidad y su capacidad para asimilar los contaminantes de otras industrias o Estados”.³⁴

³⁰ PUREZA DA SILVA, J. M.: El patrimonio común de la Humanidad, *op. cit.*, p. 380.

³¹ *Ibidem*, p. 381.

³² *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, informe del Secretario General de Naciones Unidas de 21 de marzo de 2005, parágrafo 22. Es sobre la base de la soberanía responsable que se sustenta, igualmente, el concepto de seguridad humana y el principio de intervención armada por razón de humanidad consagrados en la Resolución 60/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 2005.

³³ Doc. A/CN.4/681, Segundo informe sobre protección de la atmósfera preparado el 2 de marzo de 2015 por el Sr. Shinaya Murase, Relator Especial, párr. 33.

³⁴ Primer informe sobre la protección de la atmósfera preparado por el Relator Especial. Doc A/CN.4/667, apartado 84 del informe.

Estas consideraciones se ven correspondidas en numerosos documentos internacionales relativos a la protección del medio ambiente a escala global³⁵ y es coincidente con la opinión de los iusinternacionalistas que desde hace años abogan por la necesidad de aportar soluciones globales a problemas globales³⁶. En consecuencia, la noción de *preocupación común de la humanidad* es la preferida por el relator especial, Sr. Shinya Murase, frente a la de *patrimonio común*, en sus informes sobre la protección de la atmósfera³⁷ y así ha sido recogido en el texto y título de los proyectos de directriz y de preámbulo aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura³⁸.

III. DEL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD A LA PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL EN SU CONJUNTO: LAS OBLIGACIONES *OMNIUM Y ERGA OMNES*

La práctica internacional nos muestra que bajo la imagen de *comunidad internacional en su conjunto* es posible distinguir dos escenarios distintos. En efecto, en el paradigma de comunidad internacional que afronta los desafíos de la protección del medio ambiente es posible reconocer dos dimensiones que interactúan en la actualidad, en función de cuáles sean los diversos intereses en presencia de los Estados miembros de dicha comunidad. Así, una primera dimensión se muestra como *la comunidad internacional de Estados (Communauté des États dans leur ensemble)*³⁹, evidenciado a nivel procedimental por un multilateralismo y una actuación colectiva que puede estar más o menos institucionalizada. A nivel material, se aprecian *intereses individuales* que, afectando en mayor o menor medida a la mayoría de los Estados, aconsejan esta aproximación multilateral y no unilateral o meramente bilateral. La existencia de los *intereses comunes*, esto es, intereses individuales que siendo comunes a todos ellos, trascienden a los intereses particulares de cada Estado individualmente considerado, hace que se busque infructuosamente alcanzar consensos a través de la negociación pese a que, el voluntarismo de los Estados se traduzca en la persistencia de tratados multilaterales que son firmados por un amplio y representativo número de Estados, al tiempo que son cuestionados y rechazados por una pequeña y poderosa minoría de Estados.

Una segunda dimensión de comunidad internacional aparece representada por *la comunidad internacional de Estados en su conjunto (Communauté des États dans son ensemble)*⁴⁰ más próxima a la idea de *humanidad*, y a la que el Relator Especial, Sr. Dire

³⁵ Véase el análisis de la práctica convencional de los Estados que hace en su segundo informe el Relator Especial para la protección de la atmósfera, Doc. A/CN. 4/681, párr. 30 y ss.

³⁶ A título de ejemplo *vid.* SIMMA, B.: “From Bilateralism to Community Interests in International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 250, 1994, pp. 217 a 384; igualmente, TOMUSCHAT, C.: “International Law, Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9 a 438. Asimismo, CANÇADO TRINDADE, A.: “International Law for Humankind: Towards a New *ius gentium*”, *op. cit.*

³⁷ Que pueden consultarse en la web de la Comisión de Derecho Internacional: <https://legal.un.org/lic/>

³⁸ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021: párr. 3 del preámbulo.

³⁹ Según la expresión acuñada por el profesor Pierre Marie Dupuy en su manual *Droit International Public*, 7e ed., Paris, Pedone, 2004, pp. 752 a 754.

⁴⁰ *Ibidem.*

Tladi, sobre las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) se refiere como *Comunidad internacional*.⁴¹ Los comentarios introducidos por países como Estados Unidos, Reino Unido o Federación Rusa, en relación con la alusión en el Proyecto de conclusión 17 “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones erga omnes)⁴² a la “comunidad internacional en su conjunto”⁴³ en lugar de a la “comunidad internacional de Estados en su conjunto”⁴⁴ no fueron respondidos por el Relator Especial en este proyecto de conclusión 17.

Una posible explicación quizás se halle en las observaciones del Relator Especial en relación con los comentarios de los Estados sobre el Proyecto de conclusión 3: “Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”⁴⁵. Unas críticas similares a las reflejadas en relación con el proyecto de conclusión 17 fueron presentadas en conexión a la redacción del proyecto de conclusión 3, en el sentido de que debían aparecer los términos “de Estados en su conjunto” tras la alusión a la comunidad internacional. Es interesante rescatar la respuesta que el Relator Especial dio a este respecto en el parágrafo 54 de su informe:

“el concepto de ‘valores de la comunidad internacional’ establecido en el proyecto de conclusión 3 se refiere a algo diferente a la ‘comunidad internacional de Estados en su conjunto’ mencionado en el proyecto de conclusión 2, aunque relacionado con ésta. Los valores a los que se refiere el proyecto de conclusión 3 no son exclusivos de los Estados. No obstante, dado que para identificar normas de derecho internacional, se debe observar la actitud de los Estados, los proyectos de conclusión 2 y 4 sobre la identificación de las normas deben basarse en la aceptación y el reconocimiento de la ‘comunidad internacional de Estados en su conjunto’. Los Estados, como representantes de las diferentes comunidades de todo el mundo, dan, con su comportamiento, forma jurídica a los valores fundamentales de la comunidad internacional.”⁴⁶

⁴¹ Doc. A/CN.4/747, de 17 de enero de 2022. Quinto Informe sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

⁴² *Vid.* pp. 54 y 55 de dicho informe.

⁴³ Proyecto de conclusión 17: “1. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones erga omnes) en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.”

⁴⁴ Que sí aparece en los proyectos de conclusión 2, 4 y 7 del mismo informe.

⁴⁵ Cuyo contenido es el siguiente: “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.” (Adviértase que se habla de comunidad internacional y no de comunidad internacional de Estados).

⁴⁶ Y añadió en el parágrafo 57 de su informe: “En general, los Estados apoyaron mayoritariamente el proyecto de conclusión 3. Muchos de los Estados que formularon observaciones sobre otras disposiciones no se pronunciaron sobre el proyecto de conclusión 3, lo que en la mayoría de los casos puede interpretarse como una indicación de que apoyan, o al menos, aceptan su contenido. Pero es que, además, muchos Estados optaron por afirmar expresamente su apoyo al proyecto de conclusión 3. España, por ejemplo, señaló que, ‘más allá de las dudas de unos pocos Estados’, era evidente que las normas imperativas ‘reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.’”

En mi opinión, aquí reside un elemento clave para afirmar la existencia de obligaciones *omnium y erga omnes* para todos los Estados en relación con la protección del medio ambiente a escala global, cuando son reflejo de valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto, por ejemplo, a través de principios generales del Derecho internacional.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL DERIVADOS DE LA NOCIÓN DE PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD

Ya se ha señalado en el apartado anterior que la aproximación de la soberanía responsable no permite responder a la cuestión clave a la hora de proteger el medio ambiente global en nombre de la humanidad (generaciones presentes y futuras): ¿cómo hacer jurídicamente vinculante para los Estados la obligación del ejercicio responsable de su soberanía, más allá de consideraciones morales o de justicia, por ejemplo, asumiendo compromisos internacionales en materia de preservación de la biodiversidad o de lucha contra el cambio climático, que no desean asumir? Creo que una respuesta puede encontrarse los principios generales del Derecho Internacional vinculados a la protección del medio ambiente a escala global, que expresan emergentes obligaciones *omnium et erga omnes*.⁴⁷

En este sentido, considero un acierto la metodología seguida por el Relator Especial para la protección de la atmósfera, cuando en su primer informe presentado ante la Comisión de Derecho Internacional en 2014, reafirma la importancia que la Comisión considere los principios y normas jurídicos a este respecto en el marco del derecho internacional general⁴⁸. Obviamente, constata en su informe que:

“las cuestiones fundamentales que la Comisión ha de estudiar implican cuestiones como los derechos y obligaciones básicos de los Estados, la jurisdicción de los Estados, la aplicación de las obligaciones internacionales por medio de la legislación interna de los Estados, la responsabilidad de los Estados y la solución de controversias, así como las fuentes del derecho internacional, cuestiones clásicas para los juristas internacionales, en general, y para la Comisión, en particular.”

⁴⁷ Excedería los fines del presente estudio hacer una evocación de los principios generales en la protección del medio ambiente y de su naturaleza consuetudinaria. Nos remitimos en esta cuestión a GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “La contribución del Derecho internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo”, *Anuario español de derecho internacional*, 1998, nº 14, pp. 113-200. DUPUY, P.-M., GINEVRA, L. M. y VIÑUALES, J. E.: *Customary International Law and the Environment*, C-EENRG Working Papers 2018-2, 2018, en particular, pp. 14 y ss. Disponible en www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/system/files/documents/CEENRG_WP_19_CustomaryInternationalLawandtheEnvironment.pdf

⁴⁸ Doc A/CN.4/667, apartado 17 del informe. Sobre los antecedentes de la codificación internacional en esta materia véase RUBIO FERNÁNDEZ, E. M.: “Crónica de Codificación Internacional: La Labor de la Comisión de Derecho Internacional (69ª Sesión)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2017 (34), p. 15 y ss.

Sin embargo, añade inmediatamente después que:

“la Comisión debe resistirse a la propensión a la “compartimentación (o fragmentación)” de los enfoques monotemáticos dominantes del derecho internacional del medio ambiente. En otras palabras, los principios y normas jurídicos relativos a la atmósfera debieran examinarse, en la medida de lo posible, en relación con la doctrina y la jurisprudencia del derecho internacional general.”⁴⁹

Desde hace años se viene defendiendo la tesis de que cuando frente a amenazas globales, como es sin duda el cambio climático, sólo puedan adoptarse aproximaciones multilaterales, entonces, la posición unilateral de un simple Estado o de un reducido grupo de Estados no puede ser un obstáculo para la solución⁵⁰. Esto implicaría la emergencia en el Derecho internacional del medio ambiente, del principio de necesidad en conexión con la seguridad medioambiental –como un principio inferido al mismo nivel que otros principios del Derecho Internacional general⁵¹. Es el caso, por ejemplo, de la atmósfera, por cuanto su contaminación por parte de un Estado supone la reducción de su calidad y su capacidad para asimilar los contaminantes provenientes de otros Estados⁵².

Si bien se encontraría muy vinculado al principio precautorio -otro principio bien conocido en el Derecho internacional del medio ambiente⁵³-, el principio de necesidad sería preferible a aquél por tres razones: en primer lugar, el principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental reclamaría una aproximación multilateral mientras que el principio precautorio normalmente es invocado desde una posición unilateral. En segundo lugar, el principio precautorio es utilizado como una reacción preventiva de un daño cuando una amenaza es detectada y no existe una suficiente base científica, mientras que el principio de necesidad, estando estrechamente ligado a consideraciones de seguridad, sugeriría una aproximación más amplia, esto es, no sólo como reacción sino como una estrategia vista como un *continuum*: antes, durante y después de que la concreta amenaza es percibida. Finalmente, el principio de necesidad conectado con la seguridad medioambiental⁵⁴ debería establecerse sobre la base de otro de los principios inferidos

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ En otras palabras, su posición unilateral no puede seguir siendo relevante en esta cuestión. *Vid.* GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: “El principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental como instrumento idóneo para reforzar la acción internacional, normativa e institucional, en materia de cambio climático”, en GILES CARNERO, R. (coord.): *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 79-90, en página 81.

⁵¹ En el sentido que desarrolla el juez Cançado Trindade en su Opinión Separada en el *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay)*, sentencia de 20 de Abril de 2010, *ICJ Reports* 2010.

⁵² BIERMANN, F.: “Common concern of humankind: the emergence of a new concept of international environmental law”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 34, 1996, p. 428.

⁵³ Y sobre el cual ya se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (véase el proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo (Doc. A/56/10 y Corr.1), y en 2006, con el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (Doc. A/61/10).

⁵⁴ Recuérdese que en el párrafo 13 de la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, se señaló que el medio ambiente mundial seguía deteriorándose, en tanto la contaminación del aire, el agua y los mares seguía privando a millones de seres humanos de una vida digna. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/minturismo/calidad-y-desarrollo-sostenible/relaciones->

por el Relator Especial para la protección de la atmósfera en la noción de “preocupación común de la humanidad”: la necesaria cooperación de buena fe sobre cuestiones que son de importancia similar para todos ellos⁵⁵.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano⁵⁶ (la Declaración de Estocolmo) enuncia por vez primera los “principios comunes para inspirar y orientar a los pueblos del mundo en la conservación y mejora del medio humano”⁵⁷. Uno de esos principios, el principio 21, dispone que los Estados poseen la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Como recordó el Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, se estima ahora en general que el principio ha adquirido el carácter de derecho internacional consuetudinario en cuanto hace a la contaminación atmosférica transfronteriza⁵⁸.

Así se desprendería de la jurisprudencia relevante internacional, principalmente de la Corte Internacional de Justicia, como recordó el Relator Especial sobre la protección de la atmósfera⁵⁹: tras el arbitraje internacional en el *asunto Fundición de Trail*⁶⁰, la obligación de los Estados de abstenerse de causar daños importantes en el medio ambiente en razón de su contaminación transfronteriza, incluida la contaminación atmosférica pudo haber sido objeto de consideración en el *asunto de los ensayos nucleares* de 1973 (Australia contra Francia y Nueva Zelandia contra Francia)⁶¹, a la luz de las alegaciones

internacionales/documentos-acuerdos-e-instrumentos-de-cooperacion-/generales/declaracion-de-johannesburgo-sobre-desarrollo-suste/declaracion-de-johannesburgodesarrollosostenible.doc.aspx

⁵⁵ Doc. A/CN.4/681, Segundo informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 2 de marzo de 2015, párr. 26. En este sentido, mientras que el principio precautorio podría ser visto como una barrera de un Estado frente al resto del mundo, el principio de necesidad-seguridad medioambiental debería ser considerado, más bien, como el puente que vincula a ese Estado con la Comunidad Internacional en la que se integra. GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: “El principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental como instrumento idóneo para reforzar la acción internacional, normativa e institucional, en materia de cambio climático”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁶ Aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972; véase Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1), primera parte, cap. I.

⁵⁷ SOHN, L.: “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14, 1972, pp. 423 y ss.

⁵⁸ Apartado 55 del Primer Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 14 de febrero de 2014, Doc. A/CN.4/667.

⁵⁹ *Vid.* apartados 42 y siguientes del Primer Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 14 de febrero de 2014, Doc. A/CN.4/667.

⁶⁰ En este laudo arbitral se afirma expresamente que: “Con arreglo a los principios de derecho internacional (...) ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de manera que cause perjuicios por emanaciones en el territorio de otro Estado o a dicho territorio, ni a los bienes o personas que en él se encuentren, cuando el asunto sea de gran trascendencia y los perjuicios estén demostrados por pruebas claras y convincentes.” *Reports of International Arbitral Awards*, 1941, vol. III, pp. 1907 y ss.

⁶¹ Si bien aprobó medidas provisionales el 22 de junio de 1973, la Corte falló el 20 de diciembre de 1974 decidiendo que el objetivo que pretendían los demandantes, es decir, la cesación de los ensayos nucleares, se había logrado gracias a las declaraciones francesas de no continuar las pruebas atmosféricas y que, por lo tanto, no precisaba pronunciarse sobre las pretensiones expuestas por los demandantes. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Interim Protection, Order of 22 June 1973, *I.C.J.*

de las partes. Cabe señalar en este sentido que Australia entabló su acción con objeto de proteger, no solo sus propios intereses jurídicos, sino también los intereses de otros Estados, pues, consideraba que los ensayos nucleares franceses constituían una violación de la libertad de la alta mar⁶².

Más reveladora resultó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la Legalidad del empleo de armas nucleares, de 1996. Tras reconocer que “el medio ambiente es objeto diario de amenazas y que el empleo de armas nucleares podría constituir una catástrofe a su respecto (y)... que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluidas las generaciones por nacer”⁶³, la Corte consideró que “la existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios sometidos a su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente”⁶⁴.

En el asunto *Plantas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, dictado en abril de 2010, la Corte se refirió en parte a la cuestión de la presunta contaminación atmosférica en la medida en que era pertinente al medio acuático fluvial⁶⁵. Argentina sostuvo que las emisiones de la planta de su Estado vecino habían depositado sustancias con efectos nocivos en el medio acuático. La Corte, sin embargo, consideró que no se había presentado ninguna prueba clara que apoyara la afirmación del Estado demandante en el sentido de que se hubieran introducido sustancias con efectos nocivos en el medio acuático del río por medio de las emisiones a la atmósfera derivadas de la planta en cuestión.⁶⁶ En consecuencia, el principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental frente al principio precautorio, que lleva implícito para los Estados el deber de cooperar de buena fe para la protección del medio ambiente a escala global, podría ser considerado como parte de un *corpus iuris* internacional –aún en formación– del que se derivaran obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional (obligaciones *omnium* y *erga omnes*).

Reports, 1973, p. 99; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, *I.C.J. Reports*, 1974, p. 253; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, *I.C.J. Reports*, 1973, p. 135; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, *I.C.J. Reports*, 1974, p. 457.

⁶² Afirmó en su demanda que: “El mar no es estático; sus sistemas biológicos son complejos y están estrechamente relacionados entre sí. Es evidente, pues, que nadie puede decir que la contaminación —especialmente la contaminación relacionada con la radiactividad— en un lugar no puede llegar a tener consecuencias en otro lugar. En verdad, no estaría en consonancia con la función de la Corte para proteger por medios judiciales los intereses de la comunidad internacional, si hiciera caso omiso de consideraciones de esta índole”. Véase el escrito sobre competencia y admisibilidad presentado por el Gobierno de Australia, Pleadings, *I.C.J. Reports*, Nuclear Tests Cases, vol. 1, pp. 337 y 338.

⁶³ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, párr. 29.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 29.

⁶⁵ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, *I.C.J. Reports*, 2010. La cuestión se planteó en las actuaciones orales. Véase Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) Oral proceedings, 2006/47, párrs. 22, 28 y 34.

⁶⁶ *I.C.J. Reports*, 2010, párr. 264.

V. LA NOCIÓN *PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD* ¿IMPLICA UN DERECHO TRANS-GENERACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL QUE LAS GENERACIONES FUTURAS APARECEN COMO TITULARES DE DERECHOS?

Los primeros instrumentos internacionales que incluían una mención explícita a las generaciones futuras son la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en cuyo preámbulo, los Estados que estaban creando esta Organización Internacional manifestaban su deseo de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra. Un año después, en la Convención Internacional para la regulación de la caza de ballenas (firmado en Washington en 1946) se reconocía el interés de las naciones de todo el mundo en salvaguardar para las generaciones futuras los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera.⁶⁷

La idea de humanidad presente en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (en adelante la CONVEMAR) y en el acuerdo relativo a la aplicación de su Parte XI, de 28 de julio de 1994⁶⁸, claramente tiene una dimensión vertical, en el sentido de que más allá de referirse a la suma de entidades presentes en el momento de su elaboración (el conjunto de Estados que integran la comunidad internacional), parece referirse a la comunidad internacional de Estados en su conjunto (los presentes y los que vendrán, toda vez que la CONVEMAR es del tipo de tratado destinado a durar a lo largo del tiempo⁶⁹).

Similar interpretación se deduce de los tratados relativos a los regímenes de la Antártida y del Espacio Ultraterrestre. Así el Tratado antártico, hecho en Washington el 1 de diciembre de 1959⁷⁰, establece en los párrafos 1 y 2 de su preámbulo: “Reconociendo que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose *siempre* exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional.” “Convencidos de que el establecimiento de una base sólida para la continuación y el desarrollo de dicha cooperación... Concuerda con los intereses de la ciencia y el *progreso* de toda la humanidad.” (La cursiva es añadida)

Por su parte, el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, hecho en Londres, Moscú y Washington el 27 de enero de 1967⁷¹, afirma en los párrafos 1 a 3 del Preámbulo: “Los Estados Partes en este Tratado, inspirándose en las grandes perspectivas que se ofrecen a la humanidad como consecuencia de la entrada del

⁶⁷ Párrafo primero del preámbulo del Convenio internacional de 2 de diciembre de 1946 para la regulación de la pesca de la ballena, hecho en Washington, BOE núm. 202, de 22 de agosto de 1980.

⁶⁸ Adoptado mediante la Resolución A/RES/48/263, de 17 de agosto de 1994, de la Asamblea General de Naciones Unidas. En vigor desde el 28 de julio de 1996, BOE nº 38, de 13 de febrero de 1997.

⁶⁹ Párrafo 2º del Preámbulo de la Resolución A/RES/48/263, de 17 de agosto de 1994, de la Asamblea General: “Reafirmando que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, fuera de los límites de la jurisdicción nacional (en adelante “la zona”) así como los recursos de la zona, son patrimonio común de la humanidad.”

⁷⁰ En vigor desde el 23 de junio de 1961, BOE nº 152, de 26 de junio de 1982.

⁷¹ En vigor desde el 10 de octubre de 1967, BOE nº 30, de 4 de febrero de 1969.

espacio ultraterrestre con fines pacíficos. Estimando que la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre se deben efectuar en bien de todos los pueblos, sea cual sea su grado de desarrollo económico y científico (párrafos 1 a 3 del Preámbulo). Artículo I: “La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad.”

Es evidente que la idea de humanidad no viene asociada exclusivamente a los países (o pueblos) sino que la trasciende de un modo, cuya clave parece aportarla el artículo siguiente (II) cuando establece que respecto de este espacio ultraterrestre, incluyendo la luna y otros cuerpos celestes, no pueden ejercerse los derechos asociados a la idea de la soberanía nacional⁷². Como señala el Profesor Carrillo Salcedo, la evocación de la humanidad en este contexto responde, ante todo, a la pretensión del conjunto de los seres humanos de beneficiarse de recursos materiales que hoy pueden ser explotados gracias al progreso de la ciencia y de la tecnología, si bien, se trata de una posibilidad cuya realización sigue dependiendo, como hace más de setenta años, de la voluntad de los Estados soberanos.⁷³

Si esto es así, sería necesario defender que el principio *ex consensu advenit vinculum*, que emana de la igualdad soberana de los Estados, no juega tratándose de asuntos que incumben a toda la humanidad, ni en un sentido positivo como, tampoco, en sentido negativo. Esto es, no exigiendo que cada Estado asuma individualmente por vía convencional este principio (adhiriéndose al Tratado de Washington) ni permitiendo que pueda oponerse a esta obligación por considerarse un objetor persistente a esta norma de carácter consuetudinario. En otros términos, existen obligaciones respecto de cuestiones que son preocupación común de la comunidad internacional—y las relativas al espacio ultraterrestre, la luna y otros cuerpos celestes son un claro ejemplo— de las que los Estados no pueden pretender escaparse de manera individual invocando su voluntad soberana⁷⁴.

A mayor abundamiento, el nexo entre las generaciones presentes y futuras —como las dos caras de una misma moneda representativa de la idea de humanidad⁷⁵— aparece en el artículo 4.1 del Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros

⁷² Artículo II del Tratado de Washington de 27 de enero de 1967: “El espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera.”

⁷³ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁴ Por ejemplo, cuando en el artículo V del Tratado de Washington de 27 de enero de 1967 se dice que los “Estados Parte en el Tratado considerarán a todos los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre” se impone una obligación internacional a los demás Estados en el sentido de que “prestarán toda la ayuda posible en caso de accidente, peligro o aterrizaje forzoso en el territorio de otro Estado Parte o en alta mar. Cuando los astronautas hagan tal aterrizaje serán devueltos con seguridad y sin demora al Estado de registro de su vehículo espacial”.

⁷⁵ Es obvio que no tendría ningún sentido que la humanidad se refiriese sólo a las generaciones presentes, por cuanto podría llegar a justificar, por ejemplo, una modificación genética de la especie humana que afectara a la línea embrionaria germinal y se transmitiera a las generaciones futuras; como tampoco parecería admisible defender únicamente los intereses de las generaciones futuras, al precio de ignorar los derechos y aspiraciones de desarrollo de las generaciones presentes.

cuerpos celestes, hecho en Nueva York el 5 de diciembre de 1979⁷⁶: “La exploración y utilización de la Luna *incumbirán a toda la humanidad y se efectuarán en provecho y en interés de todos los países, sea cual sea su grado de desarrollo económico y científico. Se tendrán debidamente en cuenta los intereses de las generaciones actuales y venideras,* así como la necesidad de promover niveles de vida más altos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.” (La cursiva es añadida)

Los avances de la ciencia y la tecnología nos han hecho tomar conciencia de que las generaciones futuras son vulnerables a las medidas y las políticas actuales.⁷⁷ A partir de esta constatación, el informe del Secretario General de Naciones Unidas “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”⁷⁸, ha querido enlazar la idea de humanidad con el principio del desarrollo sostenible, a fin de reforzar el carácter jurídicamente vinculante –y no sólo moral o ético- de la obligación de preservación del medio ambiente a escala global. Aun cuando por solidaridad intergeneracional se entiende la cohesión social entre las generaciones anterior y siguiente a las personas vivas, como recuerda el Secretario General de Naciones Unidas en su referido informe: “la solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, en el contexto de la protección del medio ambiente, la noción de desarrollo sostenible va más allá de las relaciones entre los representantes vivos de las distintas generaciones existentes y abarca a la generaciones futuras bajo la idea de la humanidad que en su totalidad forma una comunidad intergeneracional en la que todos los miembros se respetan mutuamente y cuidan unos de otros, alcanzando así el objetivo común de la supervivencia de la especie humana.⁷⁹

Coincidente con esta preocupación desde Naciones Unidas, a nivel doctrinal se ha planteado varios problemas en conexión con las implicaciones que se derivan del reconocimiento de la solidaridad intergeneracional, traducido en términos jurídicos en el principio de justicia o equidad intergeneracional⁸⁰. Básicamente, las dos principales reticencias que se le formulan –y que explican que no fuera recogido en el documento final de la Cumbre sobre el Clima de París en 2015⁸¹ sino en la Cumbre del Clima de

⁷⁶ *Vid.* su artículo 11 que establece que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad, de un modo similar a como aparece en la Parte XI de la CONVEMAR de 1982. En vigor desde el 11 de julio de 1984. El texto en español puede verse en el doc. A/RES/34/68, de 5 de diciembre de 1979. Puede consultarse en CASANOVAS, O. y RODRIGO, Á.: *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

⁷⁷ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, Doc. A/68/322, de 15 de agosto de 2013, pará. 4.

⁷⁸ Doc. A/68/322, de 15 de agosto de 2013, elaborado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 86 del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible titulado “El futuro que queremos”.

⁷⁹ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, *op. Cit.*, pará. 8.

⁸⁰ BROWN WEISS, E., *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, *op. cit.* Las tres obligaciones en las que se concreta este principio son: a) conservar la diversidad de los recursos naturales y culturales; b) mantener la calidad del planeta; y c) garantizar el acceso equitativo al legado del pasado y preservar este acceso para las generaciones futuras.

⁸¹ DE ARMENTEROS CABOT, M., “El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 5.

Glasgow, celebrada entre los días 31 de octubre al 12 de noviembre de 2021 (COP26), párrafo 4 de su preámbulo⁸²- se refieren a si es posible reconocer derechos a personas aún inexistentes y, en su caso, si ello puede contraponerse a los derechos e intereses de aquellas personas que ya han nacido⁸³.

En cuanto a la primera cuestión, se ha defendido que las personas que aún no existen, no pueden ser titulares de derechos y por ello, las generaciones presentes no tendrían obligaciones legales para con las futuras. En su informe ya mencionado sobre la solidaridad intergeneracional, el Secretario General de Naciones Unidas se ha ocupado de contrarrestar esa idea sosteniendo que la unión entre los derechos y deberes no es férrea, pudiendo las generaciones futuras “ser consideradas sujetos de derechos, por ejemplo, del derecho a no ser privadas de oportunidades por el agotamiento de los recursos naturales, o a no ser dañadas por un medio ambiente degradado”⁸⁴. En todo caso, añade en su informe que los derechos de las generaciones futuras “tal vez se expresen mejor en términos de derechos colectivos”, como derechos planetarios intergeneracionales o comunidad de derechos, distintos de los derechos individuales.⁸⁵ Y aun cuando no existe consenso sobre los derechos que las personas futuras deberían tener⁸⁶, concluye el Secretario General, Antonio Gutiérrez que “sí existe un acuerdo más general sobre el hecho de que existen algunos derechos básicos (a la vida, a la salud, a la subsistencia, a la paz, etc.) que serían pertinentes e importantes para las personas en tanto que seres biológicos en cualquier momento futuro.”⁸⁷

En relación con la posibilidad de sacrificar los intereses de las generaciones actuales en favor de los de las generaciones futuras, desveló la falsedad de este planteamiento al recordar que el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible afirmaba en el párrafo 2 del anexo a la Resolución 66/288 de la Asamblea General, vinculaba el desarrollo sostenible con la erradicación de la pobreza

⁸² https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf

⁸³ Los derechos de las generaciones futuras admiten una comparación con otros modelos de subjetividad desde una perspectiva del antropoceno que, sin embargo, excede los fines de este Estudio. Véase sobre el tema: BIRRELL, K. y DEHM, J.: “International Law and the Humanities in the Anthropocene”, capítulo 31 en *Routledge Handbook of International Law and the Humanities*, CHALMERS, Sh. Y PAHUJA, S. (Eds.), London, Routledge, 2021. En la doctrina española: RUBIO FERNÁNDEZ, E. M.: “La protección jurídica internacional del medio ambiente en el ámbito universal”, en *Justicia ecológica en la era del antropoceno*, VICENTE GIMÉNEZ, T. y BERZOSA, C. (coords.), Madrid, Trotta, 2016, pp. 125-154.

⁸⁴ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, *op. cit.*, par. 21.

⁸⁵ *Ibidem*, par. 21. Sigue la teoría de autores como Peter Jones, que distingue entre derechos colectivos (collective rights) –un tipo de derecho grupal que es tenido conjuntamente por aquellos que conforman el grupo cuyo interés sólo puede ser explicado a partir de los intereses de sus integrantes- y los derechos corporativos (corporate rights), como un tipo de derecho grupal en el que el grupo asume el protagonismo sobre sus miembros (es más “its rights” que “their rights”). JONES, P.: “Human rights, group rights and peoples’ rights”, *Human Rights Quarterly*, 1999, Vol. 21, pp. 80-107, en pp. 85-86.

⁸⁶ Como apuntan autores como Brännmark: “¿quién sabe qué gente existirá dentro de mil años? El problema aquí es tanto ontológico (la base para hacer comparaciones puede ni siquiera existir) y epistemológico (aun cuando pensamos ahora sobre futuros escenarios no seremos capaces de saber qué pueblos existirán en el futuro)”. BRÄNNMARK, J.: “Future generations as rights holders”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2016, Vol. 19, n° 6, pp. 680-698, en p. 687.

⁸⁷ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, *op. cit.*, par. 22.

de manera que “atender las necesidades de las generaciones futuras no tiene sentido si no se vincula a las de las generaciones actuales”. Y concluyó:

“La visión del desarrollo sostenible no sanciona el sacrificio de las aspiraciones legítimas de los más pobres en nombre de las generaciones futuras. Al mismo tiempo, en modo alguno supone que las necesidades de las generaciones actuales tengan siempre prioridad sobre las de las generaciones futuras; al menos, no se debería exigir a los más pobres y vulnerables que hicieran sacrificios por el bien de la humanidad a largo plazo.”⁸⁸

¿Cuáles serían las obligaciones de las generaciones presentes para con las futuras en cuanto a la preservación del medio ambiente? Al respecto, el Secretario General de Naciones Unidas, en su referido informe sobre solidaridad intergeneracional, apunta las claves para dar respuesta a esta pregunta:

“Dado que no podemos determinar con gran certeza las necesidades y preferencias precisas de las generaciones futuras, al diseñar las políticas, podríamos comenzar al menos teniendo en cuenta dos consideraciones: minimizar los daños y hacer aquello que beneficie tanto a las generaciones presentes como a las futuras. Esto es, más que intentar determinar y promover lo que podría ser una buena vida para las generaciones futuras, desde el punto de vista de estas últimas, las políticas deberían guiarse por la idea de evitar y minimizar los daños. En la práctica, ello significaría evitar consecuencias irreversibles sobre los ecosistemas que proporcionan la base para la vida humana tanto hoy como en el futuro.”⁸⁹

Como recuerda el Secretario General de Naciones Unidas en los párrafos 33 a 35 de su informe sobre la solidaridad intergeneracional, numerosos tratados y declaraciones internacionales ya hacen referencia a las generaciones futuras:

“El alcance y el número de instrumentos demuestran que la preocupación por las generaciones futuras se ha desarrollado como un principio rector de las normas internacionales. La existencia de esos documentos muestra también que, al menos en cierta medida, los Estados no sólo están dispuestos a contraer compromisos internacionales en beneficio de las generaciones futuras, sino que ya lo han hecho. No obstante, esas referencias a las generaciones futuras siguen estando en la mayoría de los casos en los preámbulos de los instrumentos, no en su parte dispositiva. *A nivel internacional, no existe ningún instrumento jurídicamente vinculante por el que los Estados se comprometan a la protección de las generaciones futuras.*”⁹⁰ (La cursiva es añadida)

⁸⁸ *Ibidem*, par. 16.

⁸⁹ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, *op. Cit.*, par. 25. Se menciona de modo expreso en el párrafo siguiente a las actividades “que conduzcan a la aparición de daños irreversibles en grandes e importantes ecosistemas o que causen daños importantes a un capital natural para el que no existe sustituto inmediato.”

⁹⁰ “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras”, *op. cit.*, par. 36.

A la luz de estas consideraciones, creo que siguen siendo válidas las palabras expresadas en 1985 por el Profesor Carrillo Salcedo cuando opinaba sobre lo prematuro que sería considerar como sobrepasada y anacrónica la noción de soberanía estatal, y pensar que la Humanidad, o la comunidad internacional, han desplazado a los Estados. En sus propias palabras:

“si bien es evidente que los grandes problemas globales de nuestro tiempo son mundiales, afectan a la comunidad internacional en su conjunto y carecen de solución en el plano exclusivamente nacional (...) igualmente evidente me parece el indiscutible papel que aún desempeña la soberanía como idea-fuerza, política y jurídicamente.”⁹¹

Sin embargo, el debate teórico en conexión con los eventuales derechos de las generaciones futuras puede ser interesante en relación con otra cuestión clave para nuestro estudio: ¿qué consecuencias se derivan de la existencia de obligaciones *omnium* y *erga omnes* en materia de protección del medio ambiente a escala global para los Estados que son violadores persistentes de las mismas y para los Estados cumplidores de las mismas? A esta cuestión dedicamos el siguiente epígrafe.

VI. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES *OMNIUM* Y *ERGA OMNES* EN CUESTIONES QUE SON PREOCUPACIÓN COMÚN DE LA HUMANIDAD, COMO LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A ESCALA GLOBAL

La base consensual estatal como fuente de obligaciones internacionales cada vez con más parece ser considerada no sólo desde una perspectiva individual –como lo ha sido tradicionalmente- sino también sobre una base colectiva consensual, frente a amenazas globales que son de interés general más que de interés común. Esto es, frente a cuestiones que tienen mayor relevancia para la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto que para los Estados que integran tal Comunidad Internacional⁹².

La legitimidad de este emergente orden normativo global, aún en formación se basa en la percepción de amenazas globales como cuestiones de interés general de la comunidad internacional en su conjunto y sobre una base consensual colectiva que prevalecería sobre la base consensual individual. Esto sería posible en el ámbito de la protección del medio ambiente y, en particular, en la lucha contra el cambio climático, considerando los principios inferidos del Derecho Internacional tales como el principio de necesidad conectado con la seguridad medioambiental⁹³.

⁹¹ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, op. cit., p. 212.

⁹² Vid.: GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: “La elaboración del Derecho internacional más allá del consentimiento estatal: la emergente legalidad internacional de base consensual”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XXIV, 2008, págs. 107-139.

⁹³ Véanse al respecto las consideraciones que sobre este principio realizó la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 25 de Septiembre de 1997, *ICJ Reports 1997*, párrafos 49 a 59, en el *case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*.

Las cuestiones que constituyen una preocupación común de la comunidad internacional en su conjunto, como es el caso de la protección del medio ambiente a escala global, establecen obligaciones de carácter *global omnium* –principalmente para los Estados- y *erga omnes* –por cuanto trascienden las relaciones sinalagmáticas del *quid pro quo*- en la medida en que los tenedores de esas obligaciones no lo son respecto a cada uno de los Estados individualmente considerados, sino con respecto a la colectividad en su conjunto. Esto es, no como la suma de todos ellos (la comunidad internacional de Estados en su conjunto), sino como grupo (la humanidad entendida como las generaciones presentes y futuras). Uno de los factores más influyentes en las nuevas dimensiones del Derecho Internacional a través de la idea de humanidad, podría ser el progreso científico y tecnológico que presenta, más allá de la duda razonable, la magnitud de los desafíos a los que nos enfrentamos como comunidad humana. El problema, como ha señalado el Profesor Carrillo Salcedo, es que “falta todavía la adecuada voluntad política y, sobre todo, el instrumento institucional adecuado para acometer la solución de dichos problemas globales a escala igualmente global.”⁹⁴

Una respuesta coordinada de la comunidad internacional en su conjunto frente a los desafíos del cambio climático puede deberse, a su naturaleza esencialmente deslocalizada y atemporal, así como por el hecho de que sus efectos se manifiesten de manera aleatoria sin que pueda precisarse –a la luz de los conocimientos científicos existentes- la localización de sus efectos más dramáticos⁹⁵. Sin embargo, parece evidente que tras esa excusa parece ocultarse la voluntad decidida de algunos Estados de no colaborar de buena fe, remando en la misma dirección que el resto de Estados para hacer frente a esta cuestión que es una preocupación común de la humanidad⁹⁶.

Las normas que se refieren a la comunidad internacional en su conjunto tienen carácter imperativo en el sentido, señalado por el Profesor Carrillo Salcedo, de que “no pueden ser desconocidas o modificadas mediante acuerdos por los Estados, o a través de actos

⁹⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, op. cit., p. 196.

⁹⁵ JUSTE RUÍZ, J.: “El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada”, op. cit., pp. 38-39. GARWIN, T.: “Analytical paradigms: The epistemological distance between scientists, policy makers and the public”, *Risk analysis*, 2001, vol. 21, pp. 443-456. RENN, O., KLINKE, A. y VAN ASSELT, M.: “Coping with complexity, uncertainty and ambiguity in risk governance: a synthesis”, *Ambio*, 2011, vol. 40, pp. 231-246.

⁹⁶ Por ejemplo, desde el 5th Assessment Report preparado en 2014 por el Panel sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas (IPCC) se ha querido incluir un sistema de porcentajes que permite dotar de concreción la incertidumbre que rodea la aproximación científica a las causas y efectos del cambio climático, en relación, por ejemplo, con la seguridad humana y los efectos sobre los grupos vulnerables. Vid. pp. 2 y 3 del Chapter 12 (Human Security) en Working Group II Contribution to the IPCC 5th Assessment Report (Disponible en internet <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2>). Existe un elevado porcentaje de probabilidad (90-100%) -al coincidir un elevado grado de acuerdo y evidencias de gran valor- respecto del hecho de que la seguridad humana estará progresivamente amenazada a consecuencia del cambio climático. Como allí se señala el cambio climático es un importante factor que amenaza la seguridad humana por varias vías: a) debilitando las condiciones de vida; b) comprometiendo la cultura e identidad de los pueblos; c) incrementando los flujos migratorios y d) desafiando la capacidad de los Estados para proveer las condiciones necesarias para la seguridad humana. El IPCC se encuentra actualmente en su sexto ciclo de evaluación y el Sexto Informe de Evaluación (AR6) que se presentará a lo largo de 2022. *Cófer* <https://archive.ipcc.ch/index.htm>

unilaterales de los Estados, por ser *reglas inherentes a la estructura de la sociedad internacional en un momento histórico dado*.”⁹⁷ (La cursiva es añadida) Y ello, porque “representan el mínimo jurídico que la comunidad internacional, *en un momento dado*, considera esencial para su existencia y constituyen por ello el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos.”⁹⁸ (La cursiva también es añadida y pretende destacar el carácter cambiante de la noción de *ius cogens*).

Como es bien conocido, la protección del medio ambiente ya fue tomada en consideración por la Comisión de Derecho Internacional en conexión con las normas imperativas del Derecho Internacional y las consecuencias que de su violación se derivaban. En su Proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, de 1996, definió como crimen internacional el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional; y enumeró sin carácter exhaustivo, algunos ejemplos de crimen internacional entre los que incluyó “una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.”⁹⁹ Como ha señalado el Relator Especial para la protección de la atmósfera en su primer informe de 2014 (apartado 89):

“El contenido jurídico del concepto de la preocupación común es que los Estados ya no pueden pretender que los problemas atmosféricos están dentro del dominio reservado de la jurisdicción interna porque esos problemas legítimamente entran ahora en la categoría de ‘asuntos de preocupación internacional’. Ello a no dudarlo llevará a la formulación de obligaciones jurídicas sustantivas de todos los Estados de proteger la atmósfera mundial en calidad de obligaciones exigibles erga omnes. Bien puede ser demasiado prematuro en la actualidad interpretar el concepto de preocupación común en el sentido de que atribuye a ‘todos los Estados un interés jurídico, o una legitimidad procesal, respecto de la aplicación de las normas relativas a la protección de la atmósfera mundial’ habida cuenta de la ausencia de un derecho procesal apropiado para dar efecto a dicha interpretación. También puede ser prematuro considerar que el concepto de preocupación da nacimiento a derechos para las personas y las generaciones futuras.”

Es interesante comentar el párrafo transcrito para que no haya lugar a equívocos en relación con el alcance jurídico de lo que el Relator Especial, Sr. Shinya Murase, ha querido expresar. De un modo similar a cómo la proclamación de la dignidad intrínseca del ser humano supuso un antes y un después en la consideración de la protección de los derechos humanos como una cuestión que dejaba de estar considerada como un asunto interno de los Estados a partir de 1945, de manera similar, la confirmación a nivel

⁹⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, op. cit., p. 204.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 205.

⁹⁹ Artículo 19.3.d) del Proyecto de artículos. Debe recordarse que el proyecto de artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en su primera lectura se omitió en el proyecto final aprobado en segunda lectura. Puede consultarse en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, Vol. II: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf

internacional de que la protección del medio ambiente a escala global se considera una preocupación común de la comunidad internacional, supone que ningún Estado puede invocar como un asunto interno su grado de participación en la contaminación y degradación de la atmósfera.

De igual modo que la reclamación internacional contra un Estado que viole los derechos humanos se hace de conformidad con los compromisos internacionales que le vinculen, de naturaleza convencional (por ejemplo, por ser parte en un tratado internacional que instituye un mecanismo de control internacional del cumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho tratado) o consuetudinaria (por ejemplo, quedando sometido al principio de la jurisdicción penal universal respecto de los autores de graves crímenes contra el Derecho internacional como el genocidio, la tortura o los crímenes de guerra), del mismo modo, la reclamación internacional frente al Estado que incumpla sus obligaciones en materia de protección del medio ambiente a escala global dependerá de las vías que se puedan articular.

Es evidente que si es un Estado no ha querido vincularse convencionalmente en ese sentido, no podrá ser objeto de una acción institucionalizada en su contra. Así lo reconoce el Relator Especial para la protección de la atmósfera: “Si bien la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia confirma que la cuestión del reconocimiento o no de legitimación en relación con las obligaciones erga omnes partes depende de la interpretación del tratado multilateral pertinente, es notorio que ante la falta de normas procesales en el derecho internacional general para las obligaciones erga omnes debidas a la comunidad internacional en su conjunto, es difícil concebir que exista una legitimación similar que permita a cualquier Estado presentar una reclamación ante las cortes y tribunales internacionales.”¹⁰⁰

Ahora bien, en las obligaciones *omnium et erga omnes* todos los Estados tienen un interés jurídico en que se cumplan éstas¹⁰¹ y además, el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 sobre la responsabilidad internacional de los Estados prevé diversas consecuencias derivadas de la violación grave de normas que son esenciales para la comunidad internacional (arts. 40 y 41)¹⁰².

Esas consecuencias, que fueron nítidamente establecidas por la Corte Internacional de Justicia con ocasión de su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción de un muro por parte de Israel, en los territorios palestinos ocupados,

¹⁰⁰ Párr. 47 del Primer Informe del Relator Especial sobre la protección de la atmósfera, de 14 de febrero de 2014, Doc. A/CN.4/667.

¹⁰¹ Como recordó la Corte Internacional de Justicia en su célebre *obiter dictum* en el caso *Barcelona Traction* (sentencia de 1970) *ICJ Reports*, 1970, p. 32, párr. 33; y recordó en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004, *ICJ Reports*, 2004, p. 172, párr. 88 y p. 199, párr. 155. Al respecto véase: BADÍA MARTÍ, A. “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, de 9 de julio de 2004”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, N° 9, pp. 1-22.

¹⁰² Confer CRAWFORD, J.: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

son extrapolables, *mutatis mutandis*, al incumplimiento de las obligaciones que se derivan de considerar la protección de la atmósfera como una preocupación común de la comunidad internacional: en primer lugar, un Estado está obligado a cumplir las obligaciones internacionales que haya violado¹⁰³. Entre esas obligaciones están la obligación de proteger la atmósfera¹⁰⁴ (directriz 3), la evaluación del impacto ambiental¹⁰⁵ (directriz 4), la utilización sostenible de la atmósfera¹⁰⁶ (directriz 5) la utilización equitativa y razonable de la atmósfera¹⁰⁷ (directriz 6) y la obligación de cooperar de buena fe¹⁰⁸ (directriz 8).¹⁰⁹

En segundo lugar, todo Estado tiene la obligación de poner fin a la violación de algunas de estas obligaciones internacionales¹¹⁰. En tercer lugar, dicho Estado tiene la obligación de reparar los daños causados, siempre que sea posible mediante una *restitutio in integrum* y, subsidiariamente, mediante una indemnización consistente en el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie¹¹¹.

¹⁰³ *Cónfer* pará. 149 de la Opinión Consultiva de 2004.

¹⁰⁴ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021, *op. cit.*, Directriz 3 (obligación de proteger la atmósfera): “Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.”

¹⁰⁵ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021, *op. cit.*, Directriz 4 (Evaluación del impacto ambiental): “Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de producir efectos perjudiciales sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.”

¹⁰⁶ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021, *op. cit.*, Directriz 5 (Utilización sostenible de la atmósfera): “1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible. 2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.”

¹⁰⁷ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021, *op. cit.*, Directriz 6 (Utilización equitativa y razonable de la atmósfera): “La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo plenamente en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.”

¹⁰⁸ Doc. A/CN.4/L.951, de 15 de mayo de 2021, *op. cit.*, Directriz 8 (Cooperación internacional): “1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. 2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos y técnicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.”

¹⁰⁹ Desarrollar los fundamentos que permiten una tal extrapolación *mutatis mutandis* al ámbito de la protección del medio ambiente a escala global excedería el objeto y límites de este estudio. Seguimos en esta cuestión la tesis defendida por el Profesor Pierre Marie DUPUY: *Customary International Law and the Environment*, ya citada en nota a pie 48, y su contribución “Formation of Customary International Law and General Principles”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, BODANSKY D., BRUNNÉE, J. y HEY, E. (Eds.), publicado online en Septiembre de 2012, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199552153.013.0019.

¹¹⁰ *Cónfer* pará. 150 de la Opinión Consultiva de 2004. Como recordó la Corte en ese mismo párrafo 150, la obligación de un Estado responsable de un acto internacionalmente ilícito de poner fin a dicho acto está firmemente establecida en el derecho internacional general; *vid.*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 149; *United States Diplomatic and Consular Staff in Teherán*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 44, párr. 95; *Haya de la Torre*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 82).

¹¹¹ *Cónfer* pará. 152 de la Opinión Consultiva de 2004.

En cuarto lugar, en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de *obligaciones omnium y erga omnes* en lo tocante a los demás Estados distintos del infractor, todos ellos tienen un interés jurídico en su cumplimiento y, a tal fin, sobre todos ellos pesa el deber de no reconocer la situación ilegal resultante del incumplimiento de tales obligaciones, así como la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal incumplimiento. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, velar por que se ponga fin a esa situación de incumplimiento y contribuir con los esfuerzos de esta Organización para hacer que se cumplan dichas obligaciones por parte del Estado infractor¹¹².

VII. CONCLUSIONES

En este estudio se ha pretendido indagar sobre las consecuencias que tiene para el ordenamiento internacional del siglo XXI, la función de gestión de los intereses generales de la comunidad internacional en su conjunto; y más precisamente, la preservación del medio ambiente a escala global a través de la idea de la humanidad como catalizadora de emergentes obligaciones *omnium y erga omnes* derivadas en este ámbito de principios de Derecho internacional general. En este sentido, la idea de humanidad conlleva implícita una idea civilizadora –precisada conceptualmente al comienzo de estas páginas- que apunta hacia la formación de un orden público internacional en el que junto a las normas de derecho dispositivo –fruto de la voluntad de los Estados- es posible defender la emergencia de obligaciones *omnium et erga omnes* en materia de protección del medio ambiente a escala global a partir de principios generales de naturaleza consuetudinaria.

En esta páginas he mostrado los avances significativos en la preservación del medio ambiente a escala global a través de la idea de “preocupación común de la humanidad” que se vienen produciendo en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, como catalizadora de un emergente orden público internacional caracterizado por la presencia de obligaciones *omnium y erga omnes* derivadas de principios de Derecho internacional general.

Constituyendo la atmósfera el mayor recurso natural del planeta y siendo indispensable para la supervivencia de la humanidad, no debe sorprender la inclusión de su protección en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional, a la luz de los numerosos instrumentos sobre la protección del medio ambiente a escala global que incluyen una alusión a las cuestiones que son una *preocupación común de la humanidad*, en la medida en que dicha expresión implica la necesaria cooperación de todos los Estados sobre las cuestiones que son de importancia similar para todos ellos.

Algunos autores han considerado a la humanidad como el catalizador necesario de la primacía de los intereses generales sobre los particulares de los Estados a partir de una relectura de la soberanía nacional, sobre la idea-eje del patrimonio común de la

¹¹² *Cónfer* pará. 159 de la Opinión Consultiva de 2004.

humanidad no en un sentido tradicional -el régimen de *res communis*-, sino innovador; esto es, ven a los Estados en relación con los espacios comunes no bajo el principio del “*first arrived, first served*” sino como agentes de garantía del cumplimiento del interés de la comunidad internacional en su conjunto. La principal crítica a este planteamiento es que no es un recurso en particular –en el presente caso, la atmósfera- el que tiene carácter común, sino las amenazas a ese recurso las que constituyen una preocupación común, ya que los Estados contribuyen conjuntamente al problema y además comparten sus efectos. En consecuencia, la noción de *preocupación común de la humanidad* ha sido la preferida por el Relator Especial, Sr. Shinya Murase, frente a la de *patrimonio común*, desde su primer informe de 2014 sobre la protección de la atmósfera y así ha quedado recogido en el texto y título de los proyectos de directriz y de preámbulo aprobados en 2021 por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional.

El paradigma de comunidad internacional que afronta los desafíos de la protección del medio ambiente muestra dos dimensiones que interactúan en la actualidad: *la comunidad internacional de Estados* que busca infructuosamente alcanzar consensos, a través de la negociación, y en la que el voluntarismo de los Estados se traduce en la proliferación de tratados multilaterales que son firmados por un amplio y representativo número de Estados, al tiempo que son cuestionados y rechazados por una pequeña y poderosa minoría de Estados. Una segunda dimensión es *la comunidad internacional en su conjunto*, más próxima a la idea de *humanidad*, y a la que el Relator Especial, Sr. Dire Tladi, sobre las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) se refiere como la *comunidad internacional que comparte valores comunes*.

La cuestión clave a la hora de proteger el medio ambiente global en nombre de la humanidad (generaciones presentes y futuras) es ¿cómo hacer jurídicamente vinculante para los Estados la obligación del ejercicio responsable de su soberanía, más allá de consideraciones morales o de justicia, por ejemplo, asumiendo compromisos internacionales en materia de preservación de la biodiversidad o de lucha contra el cambio climático, que no desean asumir? La respuesta puede encontrarse en los principios generales del Derecho Internacional vinculados a la protección del medio ambiente a escala global, que imponen obligaciones *omnium et erga omnes*.

La noción de “preocupación común de la humanidad” lleva implícita la necesaria cooperación de buena fe sobre cuestiones que son de importancia similar para todos los Estados. Cuando frente a amenazas globales, como es sin duda el cambio climático, sólo puedan adoptarse aproximaciones multilaterales, entonces, la posición unilateral de un simple Estado o de un reducido grupo de Estados, no puede ser un obstáculo para dicha cooperación necesaria para alcanzar la solución a dicha preocupación común de la humanidad. Esto implicaría la emergencia en el Derecho internacional del medio ambiente, del principio de necesidad en conexión con la seguridad medioambiental – como un principio inferido al mismo nivel que otros principios del Derecho Internacional general.

El informe del Secretario General de Naciones Unidas “La solidaridad intergeneracional y las necesidades de las generaciones futuras de 2013, ha querido enlazar la idea de

humanidad con el principio del desarrollo sostenible, a fin de reforzar el carácter jurídicamente vinculante –y no sólo moral o ético- de la obligación de preservación del medio ambiente a escala global. ¿Cuáles serían las obligaciones de las generaciones presentes para con las futuras en cuanto a la preservación del medio ambiente? Minimizar los daños y hacer aquello que beneficie tanto a las generaciones presentes como a las futuras. Y ¿qué consecuencias se derivan de la existencia de obligaciones *omnium* y *erga omnes* en materia de protección del medio ambiente a escala global para los Estados que son violadores persistentes de las mismas y para los Estados cumplidores de las mismas?

Las cuestiones que constituyen una preocupación común de la comunidad internacional en su conjunto, como es el caso de la protección del medio ambiente a escala global, establecen obligaciones de carácter *global omnium* –principalmente para los Estados- y *erga omnes* –por cuanto trascienden las relaciones sinalagmáticas del *quid pro quo*- en la medida en que los tenedores de esas obligaciones no lo son respecto a cada uno de los Estados individualmente considerados, sino con respecto a la colectividad en su conjunto. Esto es, no como la suma de todos ellos (la comunidad internacional de Estados en su conjunto), sino como grupo (la humanidad entendida como las generaciones presentes y futuras).

Como ha recordado el Relator Especial para la protección de la atmósfera en su primer informe de 2014, el contenido jurídico del concepto de la preocupación común es que los Estados ya no pueden pretender que los problemas atmosféricos están dentro del dominio reservado de la jurisdicción interna porque esos problemas legítimamente entran ahora en la categoría de “asuntos de preocupación internacional”.

De un modo similar a cómo la proclamación de la dignidad intrínseca del ser humano supuso un antes y un después en la consideración de la protección de los derechos humanos como una cuestión que dejaba de estar considerada como un asunto interno de los Estados a partir de 1945, de manera semejante, la confirmación a nivel internacional de que la protección del medio ambiente a escala global se considera una preocupación común de la comunidad internacional, supone que ningún Estado puede invocar como un asunto interno su grado de participación en la contaminación y degradación de la atmósfera. De igual modo que la reclamación internacional contra un Estado que viole los derechos humanos se hace de conformidad con los compromisos internacionales que le vinculen, de naturaleza convencional (por ejemplo, por ser parte en un tratado internacional que instituye un mecanismo de control internacional del cumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho tratado) o consuetudinaria (por ejemplo, quedando sometido al principio de la jurisdicción penal universal respecto de los autores de graves crímenes contra el Derecho internacional como el genocidio, la tortura o los crímenes de guerra), del mismo modo, la reclamación internacional frente al Estado que incumpla sus obligaciones en materia de protección del medio ambiente a escala global dependerá de las vías que se puedan articular.

Es evidente que si es un Estado no ha querido vincularse convencionalmente en ese sentido, no podrá ser objeto de una acción institucionalizada en su contra. Ahora bien, en las obligaciones *omnium et erga omnes* todos los Estados tienen un interés jurídico en

que se cumplan éstas, y las consecuencias derivadas de la violación grave de normas que son esenciales para la comunidad internacional -tal como figuran en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 y han sido objeto de interpretación por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción de un muro en los territorios ocupados-, son extrapolables, *mutatis mutandis*, al incumplimiento de las obligaciones que se derivan de considerar la protección de la atmósfera como una preocupación común de la comunidad internacional.

En primer lugar, cualquier Estado está obligado a cumplir las obligaciones internacionales que haya violado. Entre esas obligaciones están la obligación de proteger la atmósfera, la evaluación del impacto ambiental, la utilización sostenible de la atmósfera, la utilización equitativa y razonable de la atmósfera y la obligación de cooperar de buena fe. En segundo lugar, todo Estado tiene la obligación de poner fin a la violación de algunas de estas obligaciones internacionales. En tercer lugar, dicho Estado tiene la obligación de reparar los daños causados, siempre que sea posible mediante una *restitutio in integrum* y, subsidiariamente, mediante una indemnización consistente en el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie. En cuarto y último lugar, en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas para los demás Estados distintos del Estado infractor, de un incumplimiento de *obligaciones omnium et erga omnes* por parte de éste, todos ellos tienen un interés jurídico en su cumplimiento y, a tal fin, sobre todos ellos pesa el deber de no reconocer la situación ilegal resultante del incumplimiento de tales obligaciones, así como la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para el mantenimiento de la situación creada por tal incumplimiento. Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, velar por que se ponga fin a esa situación de incumplimiento y contribuir con los esfuerzos de esta Organización para hacer que se cumplan dichas obligaciones por parte del Estado infractor.

En resumen, estamos en un momento histórico, similar al experimentado en 1945, cuando la protección de los derechos humanos dejó de ser considerada una cuestión que era un asunto interno de cada Estado para pasar a ser un asunto de interés internacional. El desarrollo en el proceso de humanización experimentado desde entonces por la comunidad internacional es sobradamente conocido. En el momento actual, cuando más urge una respuesta coordinada y efectiva contra el calentamiento global, el cambio de perspectiva asumido desde la Comisión de Derecho Internacional –y aceptado por la mayoría de Estados que están colaborando con el Relator Especial para la protección de la atmósfera- consistente en pasar del patrimonio común de la humanidad a las cuestiones que son preocupación común de la humanidad, supone un punto de inflexión similar al que supuso la consideración de la dignidad intrínseca del ser humano como principio general del Derecho internacional contemporáneo. Si pudiéramos imaginarnos viajando en un tren con destino incierto, nos reconfortaría la voz del revisor: “estación esperanza: vamos llegando”.