

CAPÍTULO SEGUNDO

¿CAMBIO DE PARADIGMA?

*Et justitiae universalis convenit,
ut actiones nostras etiam
referamus ad utilitatem posterorum.*

Christian WOLFF

I. NATURALEZA Y UBICACIÓN DE LAS NORMAS INTERGENERACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Habiendo visto el fundamento filosófico y lo que podría ser una teoría de justicia o equidad intergeneracional, se debe plantear en términos abstractos, cuál sería la ubicación del conjunto de normas intergeneracionales dentro del derecho internacional, si es que se puede hablar de un grupo normativo entrelazado. Sobre todo, se debe de disertar sobre su propia naturaleza; si bien podría señalarse que algunos de los enunciados propiamente no constituyen reglas jurídicas, habrá de observarse en conjunto su materialización. La razón de este análisis obedece a la necesaria pregunta sobre la naturaleza de un presunto grupo de reglas o principios normativos y sus implicaciones en el derecho internacional.

1. *Contenido de una normatividad intergeneracional*

Será conveniente delinear, o mejor dicho, precisar dentro del universo normativo qué o cuáles son las normas o reglas que pu-

dieran derivarse de un principio de justicia o equidad intergeneracional. Bien es cierto que por su propia esencia, el derecho se enuncia proyectándose en las relaciones presentes y se actualiza, en cada momento, al aparecer el supuesto normativo en el futuro.

Visto lo anterior, las normas o reglas intergeneracionales no presuponen, en principio, una hipótesis distinta en cuanto a la formulación de los enunciados específicos de una norma. Si existe la imposición de una obligación, entonces debe actualizarse entre presentes a cada momento; es decir, entre aquellos que se autoimponen voluntariamente la regla de conducta, tal como sucede con cualquier norma jurídica. De la manera señalada, la norma intergeneracional se aplicará en el presente y se actualizará hacia el futuro, tal como acontece con cualquier otra norma.

Ahora bien, de aceptarse que una norma con un contenido intergeneracional es, en general, igual a una norma tradicional, sin duda debe preguntarse ¿cuáles serían las diferencias específicas?

A. Finalidad de una norma intergeneracional

La primera diferencia específica estriba en la orientación de las normas intergeneracionales que tendrían como finalidad lograr o alcanzar una relación justa entre generaciones.

Podría pensarse, en principio, que la finalidad es la protección de las futuras generaciones, pero no necesaria o exclusivamente es así, aunque este objetivo pueda estar inmerso o ser una consecuencia necesaria del primero.

Como preámbulo a esa finalidad, es necesario concebir la igualdad entre generaciones, por lo que debe pensarse que ninguna generación deberá prevalecer sobre otra. Por tanto, debe considerarse que el “sacrificio” o menoscabo de los intereses de cualquier generación, incluida la presente, no es ninguna fórmula de solución para lograr la equidad intergeneracional.

Ahora bien, para la consecución de la finalidad de la justicia intergeneracional, si es que se acepta que deba haber una relación justa entre generaciones, a través de la ciencia jurídica,

pueden protegerse o afectarse el patrimonio o bienes que sean necesarios para la consecución de dicha finalidad.

B. *Bienes tutelados*

Si se puede hablar de un bien último tutelado, entonces se tendría que afirmar, en principio, que son los futuros pobladores a quienes está dirigidos los esfuerzos de la norma, así como al propio patrimonio que les pertenecerá.

Pues bien, debe considerarse que para la consecución del fin de las normas intergeneracionales pueden encontrarse bienes jurídicos concretamente tutelados. Por obvio que parezca, el primero de ellos al que debe hacerse referencia es a la Humanidad presente, pues aunque por simple y casi pueril que parezca el enunciado, no puede haber futuras generaciones si no es preservado el género humano. Quizá esta enunciación parezca innecesaria ante los problemas de sobrepoblación, pobreza, hambre y otros tantos que aquejan al presente, pero justamente la iniquidad presente nos lleva a reflexionar en la necesaria responsabilidad actual de buscar que los descendientes vivan dignamente.

Otro de los bienes protegidos; es decir, externos, que pueden encontrarse dentro de una teoría de justicia intergeneracional, serían tanto los elementos naturales, en las que con primacía se erige la propia Humanidad como se señala en el párrafo precedente, y aquellos necesarios para una subsistencia digna, así como aquellos bienes culturales acumulados en los siglos de historia humana consciente, los cuales si son benéficos para el presente, sin duda pueden reportar utilidad a la posteridad.

2. *Características propias de las normas intergeneracionales*

La contemplación de las huellas marcadas *in infinitum* sobre los elementos señalados (*i. e.* la Humanidad en sí misma, así como su entorno natural y cultural) y el goce actual de ellos, derivan la responsabilidad para considerarlos como una especie de pa-

trrimonio o fideicomiso intertemporal, dentro de una teoría de justicia intergeneracional, como se señaló en el primer capítulo. Esa propia naturaleza distintiva le otorga características propias que, aunque semejantes con otras áreas del derecho, vale la pena distinguirlas.

A. *Similitudes y diferencias con el derecho sucesorio*

Hablar de bienes que son protegidos para los descendientes guarda cierta semejanza con deberes sucesorios, como un conjunto de normas destinadas a regir el destino de las relaciones jurídicas que conforman el patrimonio hereditario de un determinado causante que sería la generación presente.

A lo anterior se puede agregar que, a diferencia del derecho sucesorio, no será necesario determinar un sucesor, puesto que éste ya está determinado *a priori*, y que ineludiblemente serán las futuras generaciones. Como previsible consecuencia de lo señalado, los bienes tutelados a los que se ha hecho referencia, jamás podrían convertirse en *bona vacantia*, ya que el legatario o sucesor está previamente determinado.

Hasta aquí lo señalado bien puede ser aplicado en una fórmula sucesoria a los bienes relictos (aquellos de valor universal, por supuesto) de la generación presente. Aquí habría de ponderarse que las bases en esencia de la sucesión, en términos civiles, es la propia voluntad del *de cuius* o la propiedad y la familia —círculo de personas próximas al causante—, que pueden justificar *a priori*, una designación innominada de la ley en favor de los más cercanos para llevar a cabo la adquisición *mortis causa* de sus bienes. Por otro lados, en una teoría intergeneracional, las bases en esencia es la propia responsabilidad hacia las futuras generaciones, lo que justifica la transmisión del usufructo de los bienes de carácter universal.

Lo que sí quedaría claro como semejanza con el derecho sucesorio sería la razón natural, la cual permite descartar, de principio, tanto un hipotético derecho de ocupación de los bienes

relictos de carácter universal de la generación presente por parte de sujetos hipotéticos, distintos a los beneficiarios (futuras generaciones), que pretendieran apropiarse materialmente de los mismos, incluso el mismo Estado si el destino fuera distinto a los intereses de la equidad intergeneracional. En otras palabras, cualquier interés individual o de alguna otra colectividad menor a las futuras generaciones deberá ceder al interés superior de las futuras generaciones.

Por otro lado, habría un atributo peculiar de los bienes de carácter universal que serían transmitidos a las futuras generaciones, consistente en la imposibilidad de imponerles cargas o deudas aparejadas a los mismos. En este punto, se deja la idea en la mejor lograda pluma de Thomas Jefferson:

Por tanto, nadie puede, por derecho natural, vincular las tierras que ocupe, ni a las personas que le sucedieran en su ocupación, el pago de deudas por él contraídas. Pues de lo contrario podría consumir, durante su propia vida, el usufructo de las tierras de varias generaciones venideras; y entonces las tierras pertenecerían a los muertos, y no a los vivos, lo que se opone a nuestro principio.¹²³

B. *El usufructo o fideicomiso intergeneracional*

La teoría de la justicia o equidad intergeneracional descansa en la idea de considerar a los bienes de carácter universal como usufructo o fideicomiso, tal como se expuso en el capítulo pasado. A ello, para evitar repeticiones convendría mencionar, en términos someros, lo que se entiende por usufructo (o fideicomiso en términos de Edith Brown Weiss) y su aplicabilidad en el terreno intergeneracional.

¹²³ Jefferson, Thomas, “Carta a James Madison, desde París, a 6 de septiembre de 1789”, en *Autobiografía y otros escritos*, trad. de Antonio Escotado y Manuel Sáenz de Heredia, Madrid, Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, vol. 38, 1987.

Antes de explorar el tema, podemos precisar que la idea de un usufructo planetario puede encontrarse en autores de ideologías tan diversas como es caso de Marx, ya expuesto en el primer capítulo, y el de Jefferson, quien en términos transparentes expresaba: “Me parece en sí mismo evidente que los vivientes tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella”.¹²⁴ Esta idea tan bien acuñada del principal autor de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, sería rematada al señalar que la generación presente puede administrar la tierra y sus frutos (en contraposición a una propiedad absoluta).¹²⁵

Para seguir con el tema, vale la pena recordar la definición clásica de Paulo sobre el usufructo: “*usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*” (Derecho real sobre cosa ajena para usar y percibir sus frutos dejando a salvo su sustancia).¹²⁶

Pues bien, esta idea del uso y disfrute de una cosa, tan enclavada en el derecho civil, ha tenido claros asomos en el derecho internacional, materia que no ha sido ajena a reconocer y aceptar el derecho en cosa ajena (*iure in re aliena*) en instrumentos internacionales tan antiguos como el Tratado de Utrecht mediante el cual se reconoció un *iure in re aliena* a Francia consistente en el derecho de pesquerías en las costas de Terranova.¹²⁷

Podría señalarse que, los bienes de valor universal pertenecen a toda la Humanidad, vista en toda su extensión, de la cual la generación presente es solo un capítulo que se prolonga en el tiempo.

Ahora bien, un *iure in re aliena* es comprensible entre Estados, finalmente la fundación del derecho internacional descansa sobre un sistema interestatal; sin embargo, la fórmula mental para

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Digesto* 7, 1, 1.

¹²⁷ Más ejemplos de ellos pueden encontrarse en el muy citado artículo: L. F. E. Goldie, “Title and Use (and Usufruct) – An Ancient Distinction Too Oft Forgotten”, *AJIL* 79, 1985, pp. 689, 694-695.

comprender un *iure in re aliena* sobre un patrimonio que también pertenece a la generación presente merece un mayor esfuerzo y bien puede pasar por un derecho en cosa propia (*iure in re propria*).

Lo que si debe quedar claro es que para algunos sujetos, en específico los Estados, habrá una prohibición específica de ejercer un uso ilimitado (*imperium* y *dominiun*) sobre algunos bienes en los que existe una mayor regulación. Tal es el caso del artículo II del 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, que literalmente dispone: “El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación Nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación ni de ninguna otra manera”.

Pueden encontrarse un buen número de ejemplos sobre tratados que disponen ideas similares al párrafo anterior y que prevén el uso y disfrute de bienes considerados patrimonio de la Humanidad, pero que previenen su preveservación, *salva rerum substantia*.¹²⁸ Sin embargo, la materia no se considera acabada con la simple mención, y se vera más adelante si en esa idea quedan inmersas las futuras generaciones y la particular manera en que los procesos de salvaguarda se desarrollan.

C. Norma autoimpuesta y beneficiarios y derechos difusos

Por otro lado, lo más característico de la norma intergeneracional reside en que los potenciales beneficiarios, entidad colectiva por cierto, no son o están “presentes”, por lo que la relación entre obligados y beneficiarios es, por lo menos, *sui generis*. A ello puede justificarse una óptica distinta, intertemporal pero siempre humana, que coloca a la Humanidad solamente dividida en secciones para repartir beneficios y conservar sus bienes.

¹²⁸ Véase Ferrer Ortega, Luis Gabriel, “La humanidad como sujeto de derecho internacional”, *Indicador Jurídico. Derecho internacional*, México, vol. 1, núm. 4, mayo de 1998, pp. 55-62.

Pues bien, ante la imposibilidad fáctica de convivir responsables y beneficiarios en la misma estela temporal, la ciencia jurídica tiene el desafío de encontrar soluciones originales para lograr mecanismos de cumplimiento. Esta es otra de las peculiaridades de las normas intergeneracionales, cuya exigibilidad es autoimpuesta y solamente puede ser vigilada por el sujeto obligado.

Puede también señalarse que los derechos emanados de la noción de justicia o equidad intergeneracional son derechos difusos, entendiéndose como aquellos que no están dirigidos a una determinada persona como titular del mismo, sino a un grupo indeterminado de personas.¹²⁹

Puede añadirse que este derecho atañe a todo el mundo, a personas (pluralidad de sujetos) que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado; por tanto, se entiende que son derechos colectivos.

Ahora bien, en el plano internacional la identificación de intereses comunes puede, sin duda, despertar sospechas, particularmente se ha señalado que la mención a ellos puede ser una forma imperialista de los países poderosos de imponer sus valores.¹³⁰ Esto podría ser cierto, aunque también a nuestro juicio una postura escéptica a ultranza podría contrariar los mismos intereses de la propia Humanidad.

Un punto importante que debe añadirse al tema de derechos colectivos en derecho internacional es que comúnmente existe una falla en la definición de los beneficiarios de estos derechos o en precisar los mecanismos para protegerles.¹³¹ Por esta razón, en

¹²⁹ Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

¹³⁰ En ese sentido véase a Koskenniemi, Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", *EJIL* 16, 2005, p. 116.

¹³¹ A esta conclusión llega Wheatley al referirse al derecho de las minorías a la seguridad cultural y al derecho de autodeterminación, idea que bien puede extenderse a otros derechos colectivos. Véase Wheatley, Steven, *Democracy, Minorities and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 128.

este trabajo se ha dedicado un apartado específico para procurar la definición de lo que puede entenderse por futuras generaciones y se hará un esfuerzo en encontrar los mecanismos (actuales y propuestos) para salvaguardarlos.

D. *Universalidad de la norma intergeneracional*

Otro punto que puede observarse como característico es la propia universalidad de las reglas intergeneracionales. La aplicación de ellas debe ser independiente a la “posición” que ocupe una generación con otra, tal como se expuso en el capítulo pasado que observaba Rawls. De igual forma, la extensión del manto de aplicabilidad, al cubrir a toda la generación presente, cubre tanto a individuos, naciones y organismos internacionales que conforman el espectro más amplio en sentido intertemporal (*id est* la Humanidad completa en sentido intertemporal).

Ahora bien, el enfoque que se toma en cuenta es la perspectiva propia del derecho internacional, no particularmente porque ésta sea otra característica de la normatividad intergeneracional ni por una cuestión caprichosa. Por el contrario, la justicia internacional, con todas sus limitaciones, se aproximaría más al enfoque universal que es necesario para comprender las relaciones entre generaciones.

Sin embargo, se debe estar consciente que desde una óptica interestatal podría haber ciertas limitaciones. Sin embargo, vale la pena comentar que Jonathan I. Charney, en un muy citado artículo, notaba que existía una necesidad de desarrollar normas para enfrentar problemas globales, entre los que incluía como el principal el medio ambiente, añadiendo, por su parte, la paz y las violaciones de los derechos fundamentales del hombre.¹³² El principio de equidad intergeneracional podría verse bajo esta óptica como un desdoblamiento de este pensamiento universalista en la dimensión temporal: a este fenómeno se le observa más adelante.

¹³² Charney, Jonathan I., “Universal International Law”, *AJIL*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993, pp. 529, 530 y 551.

3. *¿Régimen especializado?*

Ya que se está inmersos en la óptica del derecho internacional, cabe preguntarse si el conjunto de normas internacionales, si es que de alguna forma existe alguna coherencia, constituye un régimen autónomo, un área especializada o si se trata de reglas que pueden llegar a formar parte de la estructura misma del derecho internacional. ¿Por qué se plantea la interrogante sobre la conformación de un cuerpo de normas intergeneracionales? Hasta este momento se ha desplegado, de forma abstracta, las bases para un sistema de justicia intergeneracional y hay que ver si se puede encontrar un entretejido verdaderamente estructurado.

Pues bien, antes de acudir al estudio de instrumentos en los que podría encontrarse un contenido intergeneracional y con la prevención de que este camino nos llevaría a la necesaria utilización del razonamiento inductivo.¹³³ Ante lo evidente de la dispersión de las normas en diversas áreas del derecho internacional, hay un aferramiento para este apartado en la única tentativa de un instrumento internacional público por entretejerlas que lo es la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de 1997.¹³⁴ Habría que estudiar con cuidado los motivos, expresados en el preámbulo, que llevaron a esta primera unión del pensamiento intergeneracional, se pretende encauzar este apartado a un razonamiento puramente legal y no filosófico como ya se ha procurado desarrollar en el primer capítulo de esta disertación.

Lo primero que se observa de la declaración es que se elaboró teniendo presente que en la Carta de las Naciones Unidas

¹³³ De seguirse este camino, no habría otro remedio que emprender la búsqueda de una circunstancia persistente que sea la causa de la aparición del fenómeno normativo intergeneracional, lo cual resulta más problemático que la búsqueda de un panorama general.

¹³⁴ Adoptado por la Conferencia General de la UNESCO en su 29a. reunión, 12 de noviembre de 1997. En la parte final del segundo capítulo de esta obra se ha estudiado la parte sustantiva de esta declaración, en esta parte se mirará desde la óptica de su motivación.

los pueblos expresaron solemnemente su voluntad de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”.¹³⁵ Aquí se podría exponer que el “flagelo” no es otra cosa que una expresión figurativa al “daño”, idea que ya fue desarrollada en el primer capítulo. Más adelante se expresa la preocupación “por la suerte de las generaciones futuras ante los desafíos vitales que plantea el próximo milenio” y se habla de “proteger las necesidades y los intereses de las generaciones futuras”.

Del mismo texto declarativo, pareciera que se puede extraer los medios y la finalidad del principio de justicia intergeneracional cuando se afirma la “necesidad de establecer nuevos vínculos equitativos y globales de colaboración y solidaridad entre las generaciones y de promover la solidaridad intrageneracional con miras a la perpetuación de la [H]umanidad”, se habla de “que en esta etapa de la historia corren peligro la existencia misma de la [H]umanidad y su medio ambiente”, y de la decisión de no comprometer las necesidades e intereses de la futuras generaciones y “legar a éstas un mundo mejor”.¹³⁶

A pesar de la cargada retórica de la que está impregnada el preámbulo, se expresa la intención de formular “reglas de conducta”; sin embargo, ya analizado el texto, no se evidencia una intención específica de creación de un “derecho intergeneracional”. Por el contrario, apenas es la recolección sintética de distintas áreas en la que se encuentra una incidencia específica.

Quizá científicamente podría llegarse a estructurar una disciplina, un derecho intergeneracional dirigido a estudiar las reglas necesarias para lograr una equidad entre generaciones; sin embargo, por el momento las obras sistematizadas son más que escasas.¹³⁷ Ahora bien, parece de tan universalmente orientada

¹³⁵ *Ibidem*, preámbulo.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ Las mas cercanas a este propósito sin tener la intención de crear un área especializada del derecho internacional, serían las obras de Edith Brown Weiss, *In fairness to future generations — International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity* y la editada por Emmanuel Agius, *Future Generations — International Law*, ambas relacionadas en la bibliografía. La naturaleza de ambos trabajos es

naturaleza (por lo menos en términos humanos) la concepción de justicia intergeneracional (recuérdese que Wolff hablaba de *justitiae universalis*) que pareciera prácticamente irreductible, aun en términos científicos, dicha noción.

No se cree, por lo anteriormente señalado, que se trate, hoy en día, de un nuevo régimen especializado del derecho internacional general. Por el contrario, aunque se intente acumular de forma sistemática el conocimiento relativo a las futuras generaciones o a la justicia intergeneracional, no dejaría de ser este intento apenas un apéndice de una obra mayor como lo es la misma Humanidad en un sentido ampliado o de la justicia en términos universales.

4. *Principios rectores de una nueva visión del derecho*

Visto desde otra perspectiva, el conjunto de reglas intergeneracionales puede tratarse de una nueva forma de interpretar y acoger el fenómeno normativo. Es decir, este derecho intergeneracional podría tratarse de nuevas reglas de aplicación en los casos en que se presente una decisión sobre bienes o recursos de valor universal cuya conservación interese a las futuras generaciones o, bien, la fuente para la creación de nuevos instrumentos.¹³⁸

Bajo esta perspectiva podría entenderse la aseveración de Weeramantry: “Si este principio [de justicia intergeneracional] se está cimentando en el corpus del derecho internacional, o ya lo ha

propositivo, como podría resultar de cualquier trabajo en este novedoso tema, con la distinción de que en ellos quizá se encuentren los principios para crear una estructura científica de ser aceptadas las recomendaciones contenidas en ellos.

¹³⁸ La función de los principios se puede desprender desde el histórico arbitraje de *Gentini*. La Comisión Mixta de Reclamaciones Italia-Venezuela diría que los principios: “expresses a general truth, which guides our action, serve as a theoretical basis for the various acts of our life, and the application of which to reality produces a given consequence”. *Cfr. Gentini Case: Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington, Government Printing Office, 1904, Italian-Venezuelan Mixed Claims Commission, p. 725.

hecho, este principio es uno que inevitablemente debe concernir a esta Corte”.¹³⁹ La aceptación o reconocimiento de este principio llevaría aparejada como consecuencia una nueva visión del fenómeno jurídico: la creación, aplicación e interpretación del derecho en los casos que suponen una trascendencia real en el tiempo supondrían la previsión de los intereses intergeneracionales.

Si bien se considera que puede apuntarse que la justicia intergeneracional es un principio, habrá que reconocer que en derecho internacional puede diferenciarse entre conceptos, principios y reglas, y que algunos autores al referirse a estas reglas intertemporales las catalogan como un concepto.¹⁴⁰ La diferencia es substancial, sobre todo por la obligatoriedad que pueden llegar a tener los principios *vis-à-vis* los conceptos, últimos que pueden llegar a sustanciar normas por mera influencia y no por necesidad.

Más allá, quedaría todavía por esclarecer si estas nociones intergeneracionales o principio de equidad intergeneracional pertenecen solamente al derecho ambiental internacional o si, con mayor amplitud, pueden y deben ser aplicados en el derecho internacional general. El mismo juzgador esrilanqués apuntaba que el principio de equidad intergeneracional es un principio importante y de rápido crecimiento dentro del derecho ambiental internacional contemporáneo.¹⁴¹ Ahora bien, hay que tomar en

¹³⁹ Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand vs. France) Case, *Dissenting Opinion of Judge Weeramentry*, p. 341. En el texto original: “if this principle [of intergenerational equity] is building itself into the corpus of international law, or has already done so, this principle is one which must inevitably be a concern of this Court”. A nuestro juicio, debe tenerse en cuenta que, por valiosa que sea esta aseveración, la colocación del propio enunciado la ubica en una sección no obligatoria de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁴⁰ Kiss, Alexandre, y Shelton, Dinah, *International Environmental Law*, *op. cit.*, nota 64, pp. 11 y 12.

¹⁴¹ *Request for an Examination of the Situation...*, *op. cit.*, nota 139. Así lo apuntó literal: “The case before the Court raises, as no case ever before the Court has done, the principle of intergenerational equity —an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law—”.

cuenta que esta opinión se expresó dentro de un caso que ventilaría temas ambientales por lo que podría afirmarse que las decisiones quedaban circunscritas a esta área. A pesar de ello, ¿acaso no podría extenderse a otras regiones como aquellas relativas a cuestiones culturales, paz, derechos humanos, genoma humano, etcétera? Se cree que sí, porque el medio ambiente comprende a los elementos naturales y culturales¹⁴² en los que participa la vida humana,¹⁴³ y segundo, porque se considera que existe un ámbito mayor de incidencia para la justicia intergeneracional.

La idea de que el principio de justicia o equidad intergeneracional puede extenderse, se recoge en la opinión individual del juez Cançado Trindade en el caso *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina vs. Uruguay) recientemente resuelto ante la Corte Internacional de Justicia. El juzgador brasileño considera que, además de ser notorio el principio en el campo de la protección ambiental, también puede extenderse a otras áreas como el de-

¹⁴² En cuanto a bienes culturales de valor universal mayormente por encontrarse dentro del cuerpo (artículo 4o.) de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural la obligación de salvaguardarle para las futuras generaciones, tal como se estudiará en el capítulo tercero de esta disertación.

¹⁴³ El término medio ambiente es de una relativa reciente acuñación, la definición legal es compleja y la mayor parte de las obras sobre derecho ambiental internacional se enfocan primordialmente a los aspectos naturales. Alexander Kiss, opinaba que la parte del ambiente que es creada por el hombre también debería protegerse. Cfr. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *International Environmental Law*, nota 64, p. 3. Más allá, el enfoque de la problemática ambiental ha tenido un desarrollo veloz y trascendental, la concepción ahora es claramente intertemporal como lo acusan las conclusiones de la Comisión de Derechos Humanos en el reporte sobre Derechos y Humanos y el Medio Ambiente. Cfr. *Final Report by Special Rapporteur, Ms Fatma Zohra Ksentini*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, par. 235: “The problems of the environment are no longer being viewed exclusively from the angle of the pollution affecting the industrialized countries but seen rather as a worldwide hazard threatening the planet and the whole of mankind, as well as future generations” (Los problemas del medio ambiente ya no serán vistos exclusivamente desde el punto de vista de la polución que afecta a los países industrializados sino como un peligro mundial que amenaza al planeta y a la humanidad en su conjunto, así como a las futuras generaciones).

recho de los tratados, solución pacífica de controversias, derecho económico internacional, derecho del mar, derecho aeroespacial y cósmico, sucesión de estados, etcétera.¹⁴⁴ Si propiamente pudiera hablarse de un documento en el que se examina *inter alia* la aplicación del principio de equidad intergeneracional en el derecho internacional se debe hacer referencia obligada al examen de Cançado, no solo por su particular profundidad al abordar el tema, sino por la propia colocación de la discusión del tema en el más respetado tribunal internacional. Para el caso en concreto, Cançado consideró que debía aplicarse éste y otros principios como fuente de derecho, en expresa referencia al artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la CIJ.¹⁴⁵

Pues bien, no solo resulta importante asomarse a la discusión de Cançado para aquellos que pretenden estudiar a los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional, de lo cual la opinión es un excelente tratado, para el tema en uso es imprescindible notar, como lo hace el juzgador brasileño, que “los seres humanos se relacionan ellos mismos, en el espacio, con el sistema natural de que forman parte (y que deben tratar con diligencia y cuidado) y, en tiempo, con otras generaciones (pasadas y futuras), con las que tienen obligaciones”.¹⁴⁶

Ahora bien, si se adopta una visión positivo-voluntarista habrá que ser cautos en cuanto a la aceptación del referido principio de equidad intergeneracional, por lo menos tal como la observa el juzgador brasileño. Desde aquella perspectiva positivista, por muy principio que fuera, si no es elevado al plano jurídico, no tendría ninguna trascendencia real. No es ésta la visión de Cançado, para quien, epistemológicamente, no habría razón

¹⁴⁴ *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay)*, *Separate opinion of Judge Cançado Trindade*, para. 115.

¹⁴⁵ *Ibidem*, para. 6.

¹⁴⁶ *Ibidem*, para. 114. Reza el texto: “human beings relate themselves, in the space, with the natural system of which they form part (and ought to treat with diligence and care), and, in time, with other generations (past and future)98, in respect of which they have obligations”.

para no tomar en cuenta y considerar a los principios legales, aunque aquellos no estén inscritos en una norma consuetudinaria o convencional.¹⁴⁷

La posición de Cançado refleja una visión iusnaturalista, sin duda, aunque también considera que los principios generales del derecho constituyen una “fuente formal autónoma del derecho internacional, y que orientan la evolución del derecho internacional consuetudinario y convencional”.¹⁴⁸

De denotado interés para este apartado es la opinión de Cançado sobre el origen de los principios generales de derecho, los cuales, dice el jurista, provienen de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal a la que considera la fuente de todo el derecho.¹⁴⁹ Al principio que se evoca en este apartado bien podría añadirse una pequeña nota, una calificación a la conciencia de una Humanidad con el ingrediente de ser concatenada en el tiempo. Sin duda resultan de mucha trascendencia las opiniones de Cançado y son afines a las de la investigación; empero, consideramos pertinente aconsejar que las lecturas de los mismos se tomen con las reservas propias a la naturaleza del documento que es una opinión separada de la sentencia de la CIJ.

Queda como cuestión, ¿acaso son relegados como fuente menor, digase simplemente supletoria, los principios generales del derecho? Se cree que no, la verdad es que bien pueden ser vistos

¹⁴⁷ *Ibidem*, para. 219.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*, para. 52. Plantearía el brasileño: “General principles of law emanate, in my perception, from human conscience, from the universal juridical conscience, which I regard as the ultimate material “source” of all Law”. El mismo juzgador internacional reconocería que esta idea ya había sido sostenida por el jurista francés Antoine Favre, para quien los principios generales del derecho constituían la “expresión de la idea de justicia”, con un ámbito de aplicación universal al expresar la “conciencia jurídica de la humanidad” *vis-à-vis* la voluntad de los Estados, Favre, Antoine, “Les principes généraux du Droit, fonds commun du Droit des gens”, en *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 369, 374, 375, 379, 383 y 390.

a través de las categorías de principios del muy citado texto de Virally,¹⁵⁰ a las cuales Antonio Gómez Robledo añade una tercera:

Los principios, en conclusión, ofrecen una gama conceptual muy variada, que podría tal vez reducirse a las tres siguientes categorías. Pueden ser, en primer lugar, conceptos puros (soberanía, buena fe, etcétera) que no rigen, de suyo, ninguna acción en concreto. Pueden ser, en segundo lugar, principios dotados de normatividad, aunque con vistas a la acción futura; principios programáticos, *non self executing*, mientras no encarnen en normas más definidas, como pudo serlo, por lo que dejamos dicho, el principio de autodeterminación de los pueblos, mientras no pasó a concretarse, a lo que creemos en la resolución 1514 (XV). Y hay, por último, principios de normatividad inmediata, pero que no pierden su condición de principios, justamente por ser normas de extrema generalidad, y a esta última categoría pertenecen sobre todo las normas de *ius cogens*.¹⁵¹

No puede argumentarse, en contrario, que por definición los principios generales del derecho son guías con un contenido general abstracto, impreciso. Quizá esta última característica, que la aleja de las reglas de aplicación inmediata (salvo el caso del *ius cogens*, de aceptarse la idea de Antonio Gómez Robledo) que pueden encontrarse fácilmente en los clausulados de tratados internacionales, es por otro lado su mayor virtud que los coloca en un plano generador de normas específicas. Puede esto significar, y así se consideró, que en el derecho internacional los principios generales del derecho, incluido el principio de justicia intergene-

¹⁵⁰ Virally, M., “Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international”, en *Recueil d'études en hommage a Paul Guggenheim*, Genève, Tribune de Genève, 1968 pp. 531-533. Virally considera que los principios son reglas abstractas capaces de adaptarse a diversas situaciones particulares con la posibilidad de encontrarse como una proposición normativa vista hacia el futuro, prospectiva, es decir, como un simple concepto.

¹⁵¹ Gómez Robledo, Antonio, “Le jus cogens international”, 172 *RdC* 9 párr. 172, 1981. En español: Gómez Robledo, Antonio, “El Ius Cogens Internacional”, en *Obras: Derecho*, México, El Colegio Nacional, 2001, t. VIII, p. 497.

racional, tienen una naturaleza sustantiva y no solo eminentemente procesal, como podría juzgarse que lo tienen en algunos sistemas jurídicos internos.

Como una consecuencia de lo anterior, es en lo particular que los principios generales del derecho pueden verse en un nivel superior a las normas convencionales o consuetudinarias (propias del derecho positivo internacional).¹⁵² De esta manera, los principios generales del derecho se traducen en una herramienta de la mayor utilidad, tanto para *i*) el proceso de creación de normas concretas, como para *ii*) su posterior interpretación o aplicación. Lo primero puede ser visto en la propia práctica y de ello se verá reflejado, en los preámbulos de declaraciones y convenciones que en parte puede decirse que derivan del principio de justicia intergeneracional y, lo segundo, sería de probar a través de casos concretos que puede llevarse a cabo en el último apartado de esta disertación.

Bajo la primera óptica señalada, no resulta extraño encontrar aseveraciones grandilocuentes referidas a los propios principios generales del derecho, como la de Jenks, que los nombra como los “pilares de un sistema universal del derecho internacional”.¹⁵³ Al respecto, Sir Humphrey Waldock afirmaba que aquellos forman el *common law* de la comunidad internacional.¹⁵⁴ A ello, entre otras cosas, se dedica en el capítulo siguiente un estudio sobre diversos instrumentos que pudieron haber emanado de un principio de justicia intergeneracional.

Por el momento puede destacarse que la comunidad de Estados ha considerado tan importante tener en consideración a los

¹⁵² Véase en este sentido a Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 393.

¹⁵³ Jenks, C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*, The Library of World Affairs, núm. 4, London, Stevens, 1958, p. 106. Esta afirmación cobra mayor importancia al encontrarse en el apartado que Jenks dedicó en su obra a la universalidad del derecho internacional público, aspiración que se transpira en todo el trabajo del profesor británico.

¹⁵⁴ Waldock, Humphrey, *General Course on Public International Law*, RCADI, vol. 106, 1962, p. 54.

principios generales para regir su propia conducta que se hace una referencia de ellos en el artículo 2o. de la misma Carta de San Francisco. Posteriormente, fue reiterada este compromiso en la declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas de 1970,¹⁵⁵ resolución que remataría afirmando que aquellos “constituyen principios básicos de derecho internacional y, por consiguiente, insta a todos los Estados a que se guíen por esos principios en su comportamiento internacional”.

Puede preguntarse ahora: ¿será necesario que los Estados hayan acordado en un instrumento que los principios generales del derecho tiene una función de guía o lineamientos para reglas concretas? Se cree que no, en un sentido formal, pues bien puede ser una característica propia del mismo derecho internacional, por lo que independientemente de su expresión, su función se daría de forma natural en el propio sistema.

Sin embargo, habrá que confesar que, contrastada con la idea de que los principios generales del derecho constituyen “la fuente primaria en la que los nuevas instituciones del derecho internacional se desarrollan”, como lo apunta Friedmann,¹⁵⁶ por lo menos un autor serio como Tunkin, niega que pueda llegarse a tal conclusión, a la luz del desarrollo del derecho internacional, particularmente en la época de la guerra fría.¹⁵⁷

Muy respetable es la opinión de Tunkin, de la que sería deseable un mayor abundamiento sobre la negativa a figurar en este primer rol que tendrían los principios generales del derecho

¹⁵⁵ Resolución 2625 (XXV). No pareciera extraño, si se ve desde esta óptica, que la Asamblea General de Naciones Unidas en la Declaración del Milenio reafirmara su adhesión a los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, los cuales han demostrado ser “intemporales y universales”, Res. 55/2, 8 de septiembre de 2000.

¹⁵⁶ Friedmann, Wolfgang, “The Uses of ‘General Principles’ in the Development of International Law”, 57 *AJIL*, 279, 1963, p. 282.

¹⁵⁷ Tunkin, Grigory, “International Law in the International System”, *RCA-DI*, vol. 147, 1975-IV, p. 106.

como fuente primera o generadora, aunque sí señala que éstos, aunque no puedan ser considerados como el único fundamento legal para una decisión judicial, si pueden ser referidos en el proceso de interpretación y aplicación de una regla general de derecho internacional si las circunstancias así lo requieren.¹⁵⁸ Véase a ese segundo rol de los principios.

Por lo que toca al segundo punto o forma de entender a los principios generales del derecho, no queda más para dejar probado que aquellos son una fuente de interpretación, la misma redacción del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que literalmente dispone:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;¹⁵⁹

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen.

Mucho puede discutirse sobre la posibilidad de que los tribunales internacionales pueden prescindir de la aplicación de los principios generales del derecho. Por el momento mencionese que en la práctica se han empleado desde la Corte Permanente de Justicia Internacional en celeberrimos casos, tradición que ha

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ El énfasis es nuestro.

seguido observando la Corte Internacional de Justicia cuando lo ha considerado necesario.

A esta discusión se volverá más adelante, al examinar la peculiar forma en que el principio de justicia intergeneracional se proyecta en el derecho internacional. Puede apuntarse que algunos autores reconocen que los principios siguen constituyendo un “área gris” del derecho internacional.¹⁶⁰ No se considera que deba ser necesariamente así; sin embargo, se elude, por el momento y salvo lo que se vaya apuntando en la obra, una mayor discusión sobre la propia naturaleza de los principios generales del derecho que, por sí mismos, ocuparían una disertación particular.

Lo que sí es dable apuntar y es necesario para este trabajo, es que el punto de vista que se adopta es el de Antonio Gómez Robledo, considerando que los principios si no son adoptados, en términos legales, constituyen nociones o conceptos que pueden o no derivar en instrumentos legales pero que, una vez que traspasan el umbral de lo abstracto a lo jurídico, se derivan en normas, ya sea que su naturaleza permita su aplicación inmediata o que inspiren la formulación de reglas más específicas.

II. CATEGORIZACIÓN Y/O JERARQUIZACIÓN DE LAS NORMAS INTERGENERACIONALES

Possibilidad de una categorización y/o jerarquización

Se ha hecho un recorrido sobre los aspectos filosóficos, normativos y a la forma en que la noción de equidad intergeneracio-

¹⁶⁰ Lang, W., “UN-Principles and International Environmental Law”, 3 *Max Planck Y.B. of U.N. L.* 157, 1999, p. 159. Señala Lang: “[W]hatever definition is chosen, whatever distinction one applies, nobody can deny that principles are important tools, but that their normativity in many cases remains a grey-zone phenomenon that policy-makers and lawyers have to live with” (cualquier definición que se escoja, cualquier distinción que uno aplique, nadie puede negar que los principios son herramientas importantes, pero que su normatividad en muchos casos sigue siendo una “zona gris” con la que los diseñadores de política y abogados tienen que vivir).

nal puede aterrizar en la conducta de los sujetos sobre las que ella se impone. Queda como tarea observar, desde una visión distinta, el vigor que las normas de equidad intergeneracional tienen dentro de la estructura del derecho internacional, aunque por el momento solo hay que observar cómo se representa el principio de justicia o equidad intergeneracional en reglas concretas. Lo anterior resulta de importancia, pues si se puede considerar que son vigentes en el derecho internacional, queda como consecuencia natural su traslación en normas de aplicación inmediata.

Ahora bien, el punto de una posible jerarquía entre los principios y reglas del derecho internacional contrapuesto a una idea de horizontalidad, sin duda, es uno de los grandes debates de la ciencia internacional y no debe quedar duda que, tal como afirma Dinah Shelton: “la cuestión de la jerarquía normativa involucra la naturaleza y estructura fundamental del derecho internacional y las reglas de reconocimiento por las cuales dicho derecho se distingue de las normas que no son jurídicamente vinculatorias”,¹⁶¹ pero antes debe analizarse en que escala o jerarquía pueden tener su incidencia en el fenómeno normativo.

A. *Normas ius cogens*

Por su peculiar jerarquía, se abocó a la búsqueda del principio de equidad intergeneracional en lo que podría considerarse como las normas de mayor relevancia en el derecho intergeneracional: las normas *ius cogens*. Pero antes de particularizar, conviene desarrollar lo que las propias normas imperativas del derecho internacional constituyen dentro de su propia estructura.

La idea del reconocimiento de una norma imperativa de derecho internacional en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) despertó grandes expectativas para la evolución del derecho internacional. Si en algún punto la retórica iusinter-

¹⁶¹ Shelton, Dinah, “Normative Hierarchy in International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 100, núm. 2, abril de 2006, p. 291.

nacionalista se alimentó en el siglo pasado es en este campo. Sin duda, por lo menos en su aspecto abstracto, el desplome de la horizontalidad del derecho internacional ante la verticalidad de su jerarquía normativa parecía apuntalar en terreno firme el primer cimiento para la distinción categórica del fenómeno normativo internacional. La verdad es que bien visto, el acogimiento de esta innovación conceptual se podría comparar con el “Salto de Najshón”, primero en abrirse paso a través de las aguas del Mar Rojo en el éxodo de Moisés. Si se permite la metáfora prestada de la tradición hebraica, se vea que tanto se han abierto las aguas para dar paso a un derecho internacional más acabado.

Habrà de explorarse en qué medida esta aspiración evolutiva del derecho internacional ha cobrado forma, qué tan practicable resulta hacer la distinción entre el tradicional *ius dispositivum* y la normatividad imperativa y, de ser posible esta diferenciación, que tan útil se considera para una eventual resolución de conflictos normativos o como guía para la producción de normas.

Se dará espacio a ello, pero primero se habrá de abocar a ubicar las normas que merecen tal designación o que podrían potencialmente encontrarse en camino a ello. Se comienza con aquellas referidas al medio ambiente.

Difícil resulta la enunciación de principios que hayan tornado su naturaleza para volverse indelebles, por lo que no resulta extraño que Ian Brownlie, cuando toca el tema en su muy recurrida obra *Principles of Public International Law*, señale que los ejemplos de normas imperativas menos controvertidas son aquellas referidas a la prohibición del uso de la fuerza, el genocidio, el principio de no discriminación racial, los crímenes contra la Humanidad, la proscripción de la esclavitud y la piratería.¹⁶² Penoso es el camino que tiene que recorrer una norma para que sea “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”, que “no admite acuerdo en contrario” y que “sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho inter-

¹⁶² Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 510 y 511.

nacional general que tenga el mismo carácter”, como prescribe el artículo 53 de la CVDI. Se menciona el ejemplo de la última edición de la obra de Brownlie, pues resulta evidente que para el fallecido jurista británico no hay ninguna pretensión de incluir normas ambientales entre aquellas que él estimaba “menos controvertidas”. Así tampoco se encontraría pretensión similar en el reciente trabajo de la Comisión de derecho internacional (CDI) sobre fragmentación en el que se lista, de manera ejemplificativa: a la prohibición de la agresión, de la esclavitud y su comercio, genocidio, discriminación racial, aunque no descarta que otras normas hayan alcanzado tal rango.¹⁶³

Entre aquellos que afirman, casi de forma indubitable, que existen normas de incuestionable imperatividad, se encuentra al venezolano César Moyano Bonilla, quien señala al referirse al “derecho a un ambiente sano”:

Esta manifestación de la conciencia ecológica del género humano, manifestada tanto a nivel internacional como nacional, ha contribuido a crear y establecer una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)... Sin un ambiente sano, es indudable que la humanidad no podrá desarrollarse ni sobrevivir.¹⁶⁴

Dicho sea de paso que la bien intencionada aserción de Moyano Bonilla parece contradecirse con lo expresado por el también venezolano Nelson Geigel Lope-Bello: “la idea de que la salvaguarda y preservación del ambiente sea una obligación de

¹⁶³ Documento A/CN.4/L.702, para. 33, publicado en ILC Report A/61/10, 2006, chp. XII, paras. 237-251, llamado “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law”. Accesible impreso en Yearbook of the International Law Commission. [S.l.]: United Nations/Publication, 2006. En línea éste y los documentos a los que se hace referencia de la ILC sobre la fragmentación consulta: http://untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm (20 de febrero de 2010).

¹⁶⁴ Moyano Bonilla, César, “Derecho a un medio ambiente sano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 82, enero-abril de 1995, p. 247.

ius cogens no ha sido acogida con entusiasta receptividad”.¹⁶⁵ Si bien Moyano Bonilla habla de un “derecho” y la expresión de Lope-Bello parece referida a una “obligación”, bien puede considerarse que ambos se refieren a las dos caras de una misma moneda.

Ahora hay que pasar al examen de lo que se expresa en otras latitudes para ver si nos arrojan mayor luz en este particular tema. En principio, se debe de confesar que en algunas obras especializadas en materia ambiental no se recoge una mención de las normas *ius cogens*. Entre ellas, solo para mencionar las más recientes, la de Phillips Sands,¹⁶⁶ uno de los mejores manuales en la materia; la editada por Frank Biermann, Bernd Siebenhüner y Anna Schreyögg;¹⁶⁷ la obra de Joseph F. DiMento;¹⁶⁸ y la más reciente publicación de Malgosia Fitzmaurice.¹⁶⁹ No significa esto que no se puedan o deban considerarse las normas ambientales de alguna manera en cuanto a su clasificación “jerárquica”; simplemente se observa en esta disertación que en las obras señaladas no hay ninguna mención.

En otros estudios sí se encuentra alguna intención de incluir normas de derecho imperativo en estos terrenos, el muy citado trabajo de Jutta Bruneé de la Universidad de Toronto es uno de ellos. La profesora canadiense, tras un conciso examen sobre la naturaleza del *ius cogens*, señala: “la contaminación a tal grado que representa una amenaza a la comunidad internacional en su conjunto (por ejemplo, la reducción crítica en la capa de ozono

¹⁶⁵ Lope-Bello, Nelson Geigel, *Derecho ambiental internacional*, Equinoccio, Venezuela, 1997, p. 193.

¹⁶⁶ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

¹⁶⁷ Biermann, Frank et al. (eds.), *International Organizations in Global Environmental Governance*, Abingdon, Oxon, Routledge, 2009.

¹⁶⁸ DiMento, Joseph F., *The Global Environment and International Law*, Austin, University of Texas Press, 2003.

¹⁶⁹ Fitzmaurice, Malgosia, *Contemporary Issues in International Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

o el cambio climático) estaría en conflicto con una norma perentoria de derecho internacional”.¹⁷⁰ Bruneé concluye que los principios de buena vecindad y utilización equitativa de los recursos son normas imperativas, que protegen intereses ambientales fundamentales y ejemplifica su posición con la amenaza que produce la contaminación a la capa de ozono que bien puede llevar a una cadena que termine con el peligro de la supervivencia de la Humanidad.¹⁷¹

Bruneé se apoya bienamente en quienes le precedieron y cita del recuento de Antonio Gómez Robledo a la lista en la que Puceiro Ripoll incluye la defensa del medio ambiente.¹⁷² En lo que no se explaya Bruneé, es que cuando Gómez Robledo hace referencia a esta norma agrupada por Puceiro Ripoll, bajo el título de aquellas normas relativas al “Patrimonio común de la Humanidad”, se dice que se hace “con cierto carácter problemático, en cuanto que están aún o apenas han traspasado el *status nascendi*”.¹⁷³ También respalda su intento Bruneé en las citas sugeridas por Gómez Robledo, entre ellas la de Marjorie M.

¹⁷⁰ Brunnee, Jutta, “Common Interest-Echoes From an Empty Shell? Some Thought on Common Interest and International Environmental Law” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 49, núm. 4, 1989, p. 804. En el idioma original: “pollution reaching such degree that it would represent a threat to the entire international community (*e. g.* critical ozone depletion or climate change) would be in conflict with a peremptory rule of international law”.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 805. Literalmente: “Beyond the realm of cases where it may be doubtful whether or not certain activities cause serious environmental damage or serious danger of environmental harm, the principles of good neighbourliness and equitable utilization of shared resources protect fundamental environmental interests which are, clearly, violated in certain cases of serious pollution. When pollution threatens to deplete the ozone layer in a way creating health hazards, to dangerously alter world climate, to disrupt vital food chains or the like, the very survival of mankind is in peril”.

¹⁷² Gómez Robledo, Antonio, *Le jus cogens international y “El Ius Cogens Internacional”*, *op. cit.*, nota 151, párr. 172 y p. 571, respectivamente.

¹⁷³ *Idem*. “Bien que cela pose quelques problèmes, en ce sens qu’elles sont en train ou viennent à peine de dépasser le *status nascendi*”, de acuerdo al texto que tuvo a la vista Bruneé.

Whiteman,¹⁷⁴ quien desde 1977 habría intentado incluir dentro del *iure cogens* la contaminación del aire, mar o tierra que sea dañina o inútil a la Humanidad.

En otras latitudes, Silja Vöneky del Instituto Max Planck, después de un análisis similar al de Bruneé, va más allá del interés fundamental en proteger al medio ambiente que tiene la comunidad de Estados. Vöneky reconoce que, en el derecho internacional vigente, es primordialmente decisivo que los Estados les reconozcan a la norma el carácter de *ius cogens*. Bajo esta premisa, con añadidura del desarrollo del derecho internacional ambiental y las múltiples obligaciones que han contraído los Estados en esta materia, Vöneky considera que existen buenas razones para sostener que, por lo menos, la prohibición de la contaminación masiva al medio ambiente constituye una norma perentoria del derecho internacional y una obligación *erga omnes*.¹⁷⁵

Muy interesante se observa el análisis de Vöneky, pues resulta que su intención no es solo teorizar o engrosar el debatido listado de normas de *ius cogens*. Vöneky finaliza su estudio con la intención de demostrar que cierta parte de la protección del medio ambiente continúa ante el escenario de una guerra: continuarán en vigor aquellos tratados que así lo disponen, las costumbres internacionales compatibles en época de guerra, las reglas de protección al ambiente que tengan el carácter de *ius cogens* o normas *erga omnes*,¹⁷⁶ y por analogía, los tratados de derechos humanos y tratados que contengan regímenes objetivos.

Más ejemplos se pueden encontrar en la literatura europea, Gerd Winter cree que la obligación substantiva de los Estados de prevenir el daño ambiental puede calificarse como norma

¹⁷⁴ Whiteman, Marjorie M., “Ius cogens in international law with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Fall 1977, pp. 609-626. “Contamination of the air, sea, or land with a view to making it harmful or useless to mankind”, en Brunnee, Jutta, *op. cit.*, pp. 804 y 805.

¹⁷⁵ Vöneky, Silja, “Ius cogens rules and obligations erga omnes” en Austin, Jay, y Carl Bruch (editores), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 203.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 204 y 224.

ius cogens.¹⁷⁷ De similar opinión parecen Alexandre Kiss y Dinah Shelton, para quienes la protección de la atmósfera y, consecuentemente, el clima, objetos de preocupación de toda la Humanidad, deben de verse como una norma *ius cogens*, aplicables *erga omnes*.¹⁷⁸ En esto no se puede menos que coincidir que aquello que corresponde a las preocupaciones de toda la Humanidad debe aproximarse su elevación, hasta la más alta estructura de protección.

Por cuanto se refiere a la óptica de un derecho humano al medio ambiente, las opiniones son modestas. Si bien para algunos autores debería considerarse este derecho como un candidato a norma imperativa, se comprende que no ha sido aceptado por la comunidad internacional, a pesar de que su contenido material bien podría considerarse como parte del derecho a la vida e indispensable para ello.¹⁷⁹

Por otro lado, la afirmación del derecho humano al medio ambiente debe ser vista, en términos legales formales, con cautela. Si bien es cierto que el primer principio de la Declaración de Estocolmo señalaba que “[el] hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”, una enunciación similar no se repetiría en la Declaración de Río.

¹⁷⁷ Winter, Gerd, *Multilevel Governance of Global Environmental Change: Perspectives from Science, Sociology and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 587.

¹⁷⁸ Kiss, Alexandre Charles, y Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 405. En la misma opinión, aunque con mayor fuerza, véase Grewe, Wilhelm Georg y Michael Byers, *The Epochs of International Law*, Berlín, Walter de Gruyter, 2000, p. 666.

¹⁷⁹ Bilderbeek, Simone *et al.*, *Biodiversity and International Law: The Effectiveness of International Environmental Law*, Amsterdam, IOS Press, 1992, pp. 91 y 92. Otros autores tocan tangencialmente el tema sin pronunciarse en algún sentido en particular, véase Boyle, Alan E. y Anderson, Michael R., *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 40 y 41.

El primer principio de la Declaración de Estocolmo pudo dar vida a un derecho humano al medio ambiente, como bien señalan Birnie, Boyle y Redgwell, aunque todavía puede prestarse a debate¹⁸⁰ el considerarle de esa manera en el terreno formal, idea que representaría un avance agigantado. En otras palabras, la posibilidad de un derecho humano al medio ambiente se trata de *lege ferenda*, aproximación que no debe menospreciarse, ya que puede servir como un argumento para balancear una controversia, al menos en el plano teórico.

Hasta aquí lo que se ha encontrado sobre propuestas o pretendidos descubrimientos de normas *ius cogens*, relativas al medio ambiente, y si se enfoca a este tema, es por la particular e indisoluble relación que tiene la preservación de nuestra tierra con las futuras generaciones.

No se deja de mencionar que en otras áreas, como en la prohibición del uso de armas nucleares, salvo en caso de legítima defensa, también se ha pretendido encontrar una norma imperativa. Tal es la opinión de Hermann Mosler ante la evidente potencialidad de destrucción de la comunidad humana.¹⁸¹ La verdad es que esto no resulta del todo claro, aunado a que la CIJ dejó pasar una excelente oportunidad para esclarecer el tema en su opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares al rechazar, por no considerarle relevante, el tópico sobre el *ius cogens*.¹⁸²

¹⁸⁰ Birnie, Patricia W. *et al.*, *International Law and the Environment*, *op. cit.*, nota 118, p. 271.

¹⁸¹ Mosler, Hermann, *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 18. En las propias palabras de Mosler: “the use of atomic weapons or other means of mass destruction by an aggressor —leaving aside the problem of using them in self-defence— is prohibited by a rule of the public order of the international community because it can lead to the destruction of the community as a whole”.

¹⁸² Sobre este tema en general, véase Werksman, Jacob y Khalastchi, Ruth, “Nuclear Weapons and Jus Cogens: Peremptory Norms and Justice Pre-empted?”, en Boisson de Chazournes, Laurence y Philippe Sands, *International Law, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 181-198.

No obstante, algunos jueces abordarían este aspecto. Weeramantry, en su Opinión Disidente, claramente expresaría: “*The rules of the humanitarian law of war have clearly acquired the status of jus cogens*”.¹⁸³ Koroma, por su parte, adelantaría que la Comisión de Derecho Internacional habría encontrado que parte del derecho internacional humanitario habría cobrado el carácter de *ius cogens*, sin dejar de ver que un pronunciamiento de la CIJ en este sentido asistiría al cumplimiento.¹⁸⁴

Los temas de medio ambiente y uso de armas nucleares pueden estar entrelazados, la CDI, al comentar el numeral 21 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, habría señalado:

Un Estado que actúa en legítima defensa está “totalmente limitado” por una obligación internacional si se ha hecho constar expresamente que esa obligación constituye una restricción absoluta, incluso para los Estados en conflicto armado, y se tiene el propósito de aplicarla como tal.¹⁸⁵

Como apoyo a dicho comentario, la CDI citó a la CIJ, la cual a su vez, había considerado que los tratados ambientales internacionales no privan a un Estado de su derecho a la legítima defensa, no obstante:

¹⁸³ ICJ, *Advisory Opinion Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons of 8 July 1996*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 496.

¹⁸⁴ *Idem*. “A pronouncement of the Court emphasizing their humanitarian underpinnings and the fact that they are deeply rooted in the traditions and values of member States of the international community and deserve universal respect and protection, and not to be derogated from by States would assist in strengthening their legal observance especially in an era which has so often witnessed the most serious and egregious violation of humanitarian principles and rules and whose very *raison d’être* is irreconcilable with the use of nuclear weapons”.

¹⁸⁵ Comentario al proyecto del artículo 21 sobre la responsabilidad de los Estados en Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto periodo de sesiones (A/56/10), p. 182.

Los Estados deben de tener en cuenta consideraciones ambientales al evaluar lo que es necesario y proporcionado para la consecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que intervienen para evaluar si una acción es conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad.¹⁸⁶

La aserción de la CIJ, tomando en cuenta que no se dio a la tarea de calificar si la norma podía tratarse de *ius cogens*, es un tanto tibia o cautelosa; sin embargo, es un elemento más para el discurso para favorecer esta posición.

Pues bien, hasta el momento se ha apuntado lo encontrado respecto a los temas de medio ambiente y el uso de las armas nucleares, por encontrarles mayor vecindad a la justicia intergeneracional. Ambos amenazan la misma supervivencia humana actual y futura.

Por otro lado, existen normas de las cuales su inclusión dentro del *iure cogeniti* no parece haber ninguna discusión, entre ellas el genocidio y los derechos humanos, con particularidad al derecho a la vida. Dichas normas, al atribuirles el carácter imperativo, gozan por consecuencia de un carácter indeleble, de una cierta inmutabilidad salvo en caso de un evento radical extremadamente poco probable. ¿A qué se quiere llegar con esta mención? A que estas normas de *ius cogens*, en otros términos, gozan de una vigencia perenne y en este navegar incesante de la evolución del derecho internacional son y se convertirán en una garantía y herencia para la comunidad internacional actual y futura. Bien puede racionalizarse o descubrirse como evidente consecuencia que una absurda, pero potencial derogación de la prohibición del genocidio, no sería otra cosa más que un retroceso a la edad

¹⁸⁶ CIJ, Advisory Opinion of 8 July 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, párr. 30. “States must take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives. Respect for the environment is one of the elements that go to assessing whether an action is in conformity with the principles of necessity and proportionality”.

de piedra en el pensamiento universal, una automutilación de la propia Humanidad. Así es en cuanto a la protección de un grupo y lo mismo se aplica a un individuo, pues la Humanidad es la suma de sus propios miembros.

¿De qué sirven estas prevenciones en el derecho internacional general? Para hacerlo de una forma figurada hay que volver a la comparación tácita del buen Najshón para ver que tanto se abren las aguas para la norma *ius cogens* en el mar del derecho internacional.

Pues bien, el caso del Genocidio debería ser el más claro al ser el único pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en la materia. En el caso de *Actividades armadas sobre el territorio del Congo* —nueva demanda de 2002— (*República Democrática del Congo c. Ruanda*) en el que explícitamente se reconoció como norma *ius cogens* a los derechos y obligaciones contenidos en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio como *erga omnes*. Ahora bien, también debe de reconocerse que la Corte no ofreció ningún análisis para la identificación y aun más, no señaló las consecuencias de dicha calificación. Lo que sí quedó claro, es que la norma de *ius cogens* en el caso del genocidio, no puede, por sí misma, ser una causa para invocar la jurisdicción de la CIJ.¹⁸⁷

La cuestión pareciera haber sido atajada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI o ILC, por sus siglas en inglés) en su reciente estudio sobre la Fragmentación del derecho internacional, al darse a la tarea de comentar sobre la jerarquía normativa.

¹⁸⁷ La CIJ afirmó: “the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties” (el hecho de que una disputa se refiera al cumplimiento de una norma que tenga ese carácter [de *ius cogens*], que es seguramente el caso de la prohibición del genocidio, no puede en sí mismo atribuir bases para la jurisdicción de la Corte para conocer una disputa). *Armed Activities on the Territory of the Congo —New Application: 2002— (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Reports, para. 64.

La CDI señala que en caso de un conflicto entre una norma jerárquicamente superior con otra norma de derecho internacional, la última deberá ser interpretada, hasta donde sea posible, de una manera consistente con la primera. Esa es la solución planteada por la CDI aunque, en caso de no ser posible, entonces la norma superior prevalecerá.¹⁸⁸

La CDI prefirió darle el carácter jerárquico a las normas *ius cogens* por la substancia o fondo de las mismas y no por el aspecto formal o estructural. Esta posición tiene como consecuencia que el principio de armonización¹⁸⁹ sea utilizado en el caso de encuentro o colisión entre normas y le resta “fundamentalidad” al *ius cogens*, cuestión que se analiza posteriormente. En otras palabras, las aguas de Mar Muerto se abren ante el *ius cogens*, en el comparativo con el salto de Najshón, pero no de tajo, para darle una preeminencia ante el conjunto ordinario de normas; aunque, por el momento, sin considerarle la piedra angular de la estructura del derecho internacional o el bastón de Moisés que parte las aguas.

Déjese por un momento la noción del *ius cogens*, no sin antes dejar abierta la pregunta sobre, qué debe entenderse por “comunidad internacional de Estados”, entidad creadora en monopolio

¹⁸⁸ Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, United Nations 2006, párr. 42. Literalmente: “In the case of conflict between one of the hierarchically superior norms referred to in this section [Jus cogens, Obligations erga omnes, article 103 of the Charter of the United Nations] and another norm of international law, the latter should, to the extent possible, be interpreted in a manner consistent with the former. In case this is not possible, the superior norm will prevail”. “En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores mencionadas en esta sección [jus cogens, las obligaciones erga omnes y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas] y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior”.

¹⁸⁹ *Ibidem*, párr. 4. No se puede decir que la CDI definió dichos principios, pero sí comentó sobre su dinámica: 4) “El principio de armonización. Es un principio generalmente aceptado que, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles”.

del *iure cogenti*, y de quien Verdross señalaba que la norma imperativa existía para satisfacer su interés superior.¹⁹⁰ Se tratará de dar respuesta más adelante a esta interrogante, pero parece oportuno no perder de vista a la entidad a la que el derecho internacional le atribuye la paternidad legal de las normas fundamentales (por lo menos en el sentido sustancial que le ha reconocido la CDI en un conflicto normativo de acuerdo a lo que se ha comentado).

B. *Obligaciones erga omnes*

Si resulta espinoso aventurarse en la búsqueda de algún principio de justicia intergeneracional dentro del *iure cogenti*, otro tanto resulta el salto dentro de las obligaciones llamada *erga omnes*. Tomada en cuenta la advertencia de Mauricio Ragazzi, autor de una de las monografías más completas al respecto, se habrán de indicar las razones para postular candidatos a tal rango para evitar que la enunciación sea arbitraria ante terreno tan virgen.¹⁹¹

A pesar de lo pantanoso que pueda parecer este camino, se cree justificado dedicar unas líneas a las obligaciones *erga omnes*, entre otras razones por la posibilidad que ellas tienen de producir regímenes válidos ante todo el mundo: tal sería el caso de la libertad de navegación, del régimen de la Antártica, del uso del espacio ultraterrestre, entre otros.¹⁹²

¹⁹⁰ “In the field of general international law there are rules having the character of *jus cogens*. The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community” (en el campo del derecho internacional general, existen reglas que tienen el carácter de *jus cogens*. El criterio para estas reglas radica en el hecho de que éstas no existen para satisfacer las necesidades de los Estados vistos de forma individual, sino por el más alto interés de la comunidad internacional en su conjunto). Verdross, Alfred, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, 60 *AJIL*, 1966, p. 58.

¹⁹¹ Ragazzi, Maurizio, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 134.

¹⁹² Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 208 y 209.

Comenzando por el tema, Edith Brown Weiss propone que los derechos y obligaciones planetarios, fundamento de su propuesta para una justicia intergeneracional, sean considerados *erga omnes*. No solo Brown Weiss realiza esta proposición en abstracto, intenta aterrizar el pensamiento y considera pertinente que los Estados tengan legitimación para presentar reclamos en nombre de las futuras generaciones, tomando en cuenta que existe una *opinio iuris* sobre una posible obligación de los Estados para la comunidad internacional consistente en proteger al medio ambiente en términos generales.¹⁹³ La investigadora de Georgetown University cree que pudiera haber un resquicio en el *obiter dictum* del caso *Barcelona Traction*, a pesar de la penuria pasada por Liberia y Etiopía en el caso de *South West Africa*.¹⁹⁴ Se habrá de profundizar en ello más adelante.

Debe tomarse en cuenta, en principio, que lo dicho por Brown Weiss es una propuesta, por lo que se agrega en idea a lo que ya, en terreno firme, se ha enunciado sobre las obligaciones *erga omnes*. Una vez expuesta esta posición resulta ineludible la cita al celeberrimo caso *Barcelona Traction*, en el que la CIJ afirmaría:

Debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las obligaciones respecto de otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras obligaciones mencionadas conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés legítimo en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*.¹⁹⁵

¹⁹³ Weiss, Edith Brown, *In Fairness to Future Generations*, *op. cit.*, nota 116, p. 109, 121 y 122.

¹⁹⁴ A ambos países no se les reconoció personalidad para demandar a Sudáfrica en el caso del África del Sudoeste, por la imposición del *apartheid* y la explotación del país demandado al entonces territorio.

¹⁹⁵ Transcribimos el texto autoritativo en francés de la sentencia “Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent

La CIJ ejemplificaría dentro de esta categoría a los actos de agresión y genocidio, los principios y reglas sobre derechos humanos, incluidos aquellos prohibitivos de la esclavitud y discriminación racial.¹⁹⁶ Baste ya lo que se ha apuntado sobre lo que los autores citados en el apartado pasado señalan que pueden clasificarse como normas *ius cogens* y que coinciden con la categoría de obligaciones *erga omnes*, para observar que las normas relativas a la protección al medio ambiente bien puede afirmarse que revisiten la definición de obligaciones *erga omnes*.

Ahora bien, es notoria la coincidencia entre las normas *ius cogens* y las normas *erga omnes*, aunque se debe adelantar que es reconocido que si bien todas las normas *ius cogens*¹⁹⁷ son *erga omnes*, lo mismo no sucede en caso contrario. Bien podría inferirse de lo que hasta aquí se lleva apuntado que si existe una diferenciación entre ambas categorías del derecho internacional, esta sería en que la noción de *ius cogens* apunta a la sustancia misma de la norma y el enfoque de las obligaciones *erga omnes* se refiere

vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*"; por otra parte, en inglés señala: "...an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*". *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Second Phase, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 32, para. 33.

¹⁹⁶ *Ibidem*, para. 34.

¹⁹⁷ Aquí habría que hacer un paréntesis ante la palpable excepción del *ius cogens* regional que no puede calificarse como *erga omnes* en estricto sentido. El *ius cogens* regional tendría un ámbito de aplicación reducido en razón del espacio en donde se encontraría vigente, menor al del todo el orbe; por tanto, no podría ser *erga omnes*. Para un estudio sobre las norma *ius cogens* regionales véase: Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, "El sistema policéntrico de creación del derecho internacional y la determinación regional de las reglas de IUS COGENS", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 249, t. LVIII, 2008.

a los sujetos sobre los que recaería la imposición de la conducta. Estos mismos sujetos (*i. e.* la comunidad internacional en su conjunto) serían, en otro papel, quienes tendrían la legitimidad de invocar un interés por su cumplimiento.

Bien tenemos que la referencia a las obligaciones hacia la “comunidad internacional en su conjunto” se evocaría nuevamente en el seno de la Comisión de derecho internacional, principalmente al comentarse el texto propuesto para el artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Se transcribe lo que enuncia el proyecto del artículo referido:¹⁹⁸

Artículo 48

Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o
- b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

- a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30, y
- b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

¹⁹⁸ Comentario al proyecto de artículo 19 sobre la responsabilidad de los Estados en Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto periodo de sesiones (A/56/10),

3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.¹⁹⁹

La misma CDI, al comentar el artículo 48 del mismo proyecto, mencionó que se trataría de ejemplos de obligaciones *erga omnes* aquellas referidas al medio ambiente y a la seguridad de una región (ejemplo un tratado sobre una región libre de armas o un sistema regional de protección de derechos humanos).²⁰⁰ La CDI dejó en claro que esta disposición se refiere a las obligaciones del tipo que se mencionan en el caso de la *Barcelona Traction*, que ya se ha comentado.

Ahora bien, debe tenerse presente que las expresiones en tribunales internacionales sobre el concepto de obligaciones *erga omnes*, fuera del escenario de los derechos humanos, han sido muy cautelosa. Con carácter problemático, existe la mención del juez Weeramantry que matiza la prohibición de causar daño ambiental como una obligación *erga omnes* en su Opinión Individual en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros.²⁰¹

Por otro lado, vale la pena prestar atención a lo señalado por Birnie, Boyle y Redgwell al destacar la importancia de caracterizar los temas del cambio climático y biodiversidad como “preocupaciones comunes de la humanidad”, lo que los coloca en la agenda internacional como objetos legítimos de regulación y supervisión superior al dominio reservado a la jurisdicción doméstica. En relación con lo anterior, plantean los mencionados

¹⁹⁹ A/RES/56/83, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 12 diciembre de 2001.

²⁰⁰ Comentario al proyecto de artículo 48 sobre la responsabilidad de los Estados en *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two. Literalmente: “They might concern, for example, the environment or security of a region (e. g. A regional nuclear-free-zone treaty or a regional system for the protection of human rights)”.

²⁰¹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), ICJ Reports, Judgment of 25 September 1997, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, p. 88.

autores que lo que les otorga un verdadero carácter de obligaciones *erga omnes* no es la legitimidad para incoar un litigio en un tribunal, sino la posibilidad de que la comunidad internacional puede hacer responsable a los Estados individualmente para hacer cumplir sus obligaciones a través de instituciones como las Conferencias de las Partes de la Convención sobre el Cambio Climático u otros cuerpos similares, lo que queda ejemplificado de mejor manera como un ejercicio de control de obligaciones *erga omnes partes* con los mecanismos creados mediante el Protocolo de Montreal.

Retomando el trabajo de la CDI, no se debe dejar de apuntar que, si bien es cierto que el proyecto de dicha comisión, en su aspecto formal, no es estrictamente obligatorio para los Estados, el contenido de sus disposiciones se puede considerar parte del derecho consuetudinario en muchos casos. ¿Qué tanto esta aseveración es cierta para las normas intergeneracionales? Es una pregunta que tenga una respuesta concreta por el momento; sin embargo, para el caso de la protección al medio ambiente como obligación *erga omnes* parecería, por lo que se ha expuesto en este capítulo y en los pasados de esta disertación, que podría haberse consolidado ya como norma o principio.

Ahora bien, ¿podría considerarse que alguna disposición intergeneracional internacional tendría alguna naturaleza distinta a las obligaciones *erga omnes*? En principio pareciera que no, de considerarse que el objeto tutelado de una norma intergeneracional se refiere a todas las generaciones venideras, independientemente de su origen, sexo, nacionalidad, origen étnico y, en general, cualquier distinción, resultaría que concierne al interés de todos y, por tanto, a la comunidad internacional en su conjunto, entidad que hasta el momento se puede señalar como sujeto de derechos que podría ser menos controvertido. Por supuesto que el enfoque que se toma para esta respuesta es uno global, pues no deja de considerarse que en los primeros esbozos de preocupaciones intergeneracionales, como podría ser el preámbulo de la Constitución de los EUA al referirse a la posteridad, se

dibujaba el pensamiento por el bienestar de los descendientes de los pobladores de aquel territorio.²⁰²

En términos generales y para fines prácticos, que se trate de obligaciones *erga omnes* o no, tendrá ciertas consecuencias prácticas. Ya se ha analizado en el apartado de las normas *ius cogens* que la CDI explicó que en caso de colisión de éstas, las obligaciones *erga omnes* y las derivadas del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con otra norma de derecho internacional, la norma que pudiera ser contradictoria deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera, de una manera armónica. De no ser ello posible, deberá prevalecer la norma superior.

A pesar de la mayor preeminencia que pueden tener las obligaciones *erga omnes*, por cuanto toca a su substancia, con las prevenciones del principio de interpretación armónica, quedará por verse qué tanto, al ser normas por las que la comunidad internacional en su conjunto tiene interés, podrán hacerse valer por cualquiera que pudiera resultar interesado en su observancia o que pudiera ser afectado por su violación.

Hay que advertir que el interés al que se hace referencia ha sido reconocido por el juez Jessup en su Opinión Disidente en el caso del South West Africa. Diría el juez estadounidense: “Los Estados pueden tener un interés general —el cual puede ser conocido por esta Corte Internacional— en el mantenimiento de un régimen internacional adoptado para el beneficio común de la sociedad internacional” (*States may have a general interest —cognizable in the International Court— in the maintenance of an international régime adopted for the common benefit of the international society*).²⁰³

De lo referido, surgen un par de preguntas, ¿qué sujetos pueden presentar reclamaciones por la violación de una obligación *erga omnes*? ¿Cómo saber cuándo el interés por la observancia de la obligación puede llevarse en forma de acción ante los tribunales

²⁰² Birnie, Patricia W. *et al.*, *op. cit.*, nota 118, pp. 155-157.

²⁰³ South West Africa cases (Second Phase), I. C. J. Reports 1966, p. 373.

internacionales? De estas dos preguntas pueden derivarse dos elementos a los que Ragazzi llama *características* de las obligaciones *erga omnes*, el primero de ellos es el carácter universal de dichas obligaciones, al vincular a todos los Estados sin excepción y, el segundo, la solidaridad al señalarse que cualquier Estado puede tener un interés legal en su cumplimiento.²⁰⁴

Con dichas características anotadas de las obligaciones *erga omnes*, bastaría para cerrar el apartado. Universal y solidaria, tal como la naturaleza de la responsabilidad hacia las futuras generaciones; a pesar de ello, debe inquirirse cuál será la consecuencia de estas dos notas en términos legales. Bien podemos afirmar que las normas intergeneracionales son *erga omnes*, en esto quizá habría muy poca vacilación; sin embargo, no deja de importunar la pregunta: ¿cuál es la consecuencia de ello?

Pareciera ser que universalidad y solidaridad amplían el espectro de responsabilidad y de la legitimación de reclamos, esto puede ser así en el terreno conceptual. Cualquier individuo puede cavilar sobre la responsabilidad del vecino e inclusive de un Estado para las futuras generaciones. Sin embargo, todo apunta a pensar que los caracteres de universalidad y solidaridad de las obligaciones *erga omnes* no revisten o derivan, por sí mismas, la competencia obligatoria de las cortes internacionales para conocer una causa de violación.

Quizá se tenga que concluir que la pregunta sobre la efectividad de las obligaciones *erga omnes* permanece abierta; sin embargo, también debe de señalarse, como lo hace Christian J. Tams, que si la violación a las obligaciones *erga omnes* no producen un derecho especial de respuesta, para efectos de procurar su ejecución, solo tendrían un valor retórico.²⁰⁵

Un aspecto que debe tomarse en cuenta es que para llevar un caso de violación de una obligación *erga omnes* habría de superar-

²⁰⁴ Ragazzi, Maurizio, *op. cit.*, nota 191, p. 17.

²⁰⁵ Tams, Christian J., "Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law", *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge, núm. 43, 2005, p. 158.

se, en principio, el propio consentimiento a la jurisdicción de las cortes internacionales, como regla general. Es decir, un Estado debería aceptar previamente la jurisdicción del tribunal internacional y, después, se analizaría si el propio carácter *erga omnes* puede fundamentar la competencia específica para el caso concreto. Lo anterior, se desprende del señalamiento de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Timor Oriental* en donde se afirmó que el carácter *erga omnes* de una norma y la regla del consentimiento a la Corte son dos cosas distintas.²⁰⁶

El punto señalado en el párrafo anterior quedó precisado, con poca fortuna para aquellos que quisieran ver a las obligaciones *erga omnes* como un fundamento robusto para adquirir jurisdicción obligatoria, en el caso *Actividades armadas sobre el territorio del Congo* —nueva demanda de 2002—. En este asunto la CIJ señaló “el sólo hecho de que los derechos y obligaciones *erga omnes* sean la materia en una disputa, no le daría a la Corte la jurisdicción para conocer el asunto”.²⁰⁷

Derivado de los señalamientos anteriores, si se adhiere uno a considerar que existe un derecho de acción aparejado a las obligaciones *erga omnes*, ésto debe observarse de forma dudosa, *cum grano salis*, como apuntó el juez De Castro del *Caso Barcelona Traction*.²⁰⁸ Por otro lado, bien se comprenda que es necesario el *standing* para considerar efectiva cualquier obligación *erga omnes*, no deja de ser relevante preguntarse ¿quién es el beneficiario o titular del derecho protegido por tales obligaciones? Necesariamente debe volverse a señalar que será la comunidad internacional.

²⁰⁶ Case Concerning *East Timor* (Portugal vs. Australia), *Judgment*, ICJ Reports 1995, p. 102, para. 29. En contrario, véase la opinión disidente de Weeramantry, en el mismo caso particularmente, pp. 142, 172-178 y 213-216.

²⁰⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo vs. Rwanda)*, *Judgment*, párr. 64. Literalmente: “the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute”.

²⁰⁸ *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1974, Dissenting Opinion of Judge De Castro, 387.

La cuestión sobre una especie de *actio popularis*, entendida como la permisión para cualquier Estado de instituir procedimientos legales (con la restricción de acceso al foro ya señalada, por lo menos de la CJI) en el interés de la comunidad general, aunque no ha sido del todo respondida y merece nuestra simpatía, solo quedará esclarecida en virtud de la presentación de un caso concreto. Puede adelantarse que la negativa a juzgar el elemento *erga omnes* como insuficiente para dar acceso al foro conllevaría la mutilación de la propia razón de hacer la diferenciación de una norma simple y una de aplicación universal como lo es el carácter de las *erga omnes*.

C. *Normas dispositivas vis-à-vis soft law*

Se ha señalado en esta obra que la simple expresión de un enunciado en un tratado no conlleva necesariamente el nacimiento de una obligación, habrá que ver si la colocación de la disposición se encuentra en el preámbulo o en el clausulado, el texto mismo, la intención de las partes, el contexto, la práctica subsecuente, los *travaux préparatoires* y otras herramientas que sirven para conocer los verdaderos alcances de la posible norma. Como consecuencia de lo anterior, se discutirá más adelante en esta disertación sobre la calidad de *legal* de las obligaciones que *prima facie* pudieran considerarse como normatividad convencional ordinaria por la simple colocación en el clausulado de un tratado internacional²⁰⁹ pero que, habiéndose indagado un poco más en cuanto a la intención de los Estados, podría tratarse de un presupuesto no vinculante o de un deber expresado en términos distintos a los legales, a pesar de su inscripción en un instrumento jurídico. El contenido de estas normas, a las cuales probablemente no debería llamárseles así, podría ser de contenido progra-

²⁰⁹ En el tercer capítulo se discurrirá sobre el caso de la obligación de transmitir a las futuras generaciones el patrimonio común de la Humanidad que dispone el artículo 4o. de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

mático, retórico, intencionado a crear una norma posterior de existencia contingente o el llamado *soft law*.

Lo cierto es que el término *soft law* se acuñó originalmente para contrastarle con el llamado *hard law*, en paralelo con la distinción tradicional de *lege ferenda* y *lege data*; i.e. la norma como debería ser, la ley como debería ser aprobada, en oposición a la norma como lo es. En cierto sentido, podría ser preferible continuar con esta última terminología; sin embargo, existen fenómenos del *soft law* que quizá no tengan la pretensión de volverse norma vinculante.

Se tiene entonces que algunas de las normas *soft law* derivan de las partes de un tratado que no son estrictamente vinculantes y, por ende, no pueden ser reclamables legalmente entre los sujetos que participan en el instrumento y, de igual manera, el *soft law* también se crea a través de resoluciones no vinculantes de organismos internacionales. Ambas prácticas pueden llegar a dar vida a una norma verdaderamente vinculante (*hard law*) por la práctica de los Estados que pueda convertirse en una consuetudinaria, e incluso en algunos casos, la norma *soft law* podría reflejar o codificar el contenido de lo que ya es una norma derivada de la costumbre²¹⁰. Particularmente, se ha reconocido que la enunciación acumulada de las mismas guías en un instrumento de *soft law* puede ayudar a reconocer la expresión de la *opinio iuris* de la comunidad internacional que, sin duda, resulta de mucho valor en el contexto de la creación de la costumbre internacional.²¹¹

Puede ser complicado desentrañar la obligatoriedad de la norma convencional, en el tema que ocupa, resulta más difícil

²¹⁰ Véase Chinkin, Christine, "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law", 38 *International and Comparative Law Quarterly* 850, 1989.

²¹¹ Véase Dupuy, Pierre-Marie, "Soft Law and International Law of Environment" 12 *Mich. J. Int'l. L.* 420, 1991, p. 432. El profesor señala en el artículo de referencia: "In the context of 'soft' instruments, one could say, using the classical working of legal theory in regard to the creation of custom, that the cumulative enunciation of the same guideline by numerous non-binding texts helps to express the *opinio juris* of the world community".

y resulta ineludible iniciar cualquier discusión relativa al *soft law* sin hacer referencia al trabajo de Prosper Weil,²¹² quien llegaría a afirmar que la relativización del derecho internacional bien podría “desestabilizar el sistema normativo por completo y convertirlo en un instrumento que ya no podrá servir su propósito”. Bien pueda ser visto bajo severas críticas o como un paso intermedio hacia una legislación de mayor envergadura, la cuestión es que algunos de los que han tratado con mayor detenimiento como Kenneth W. Abbot y Duncan Snidal no dudan en afirmar que el *soft law* —carente de algunas de las dimensiones para ser considerada legislación— es una falla.²¹³

Sea falla o no del sistema del derecho internacional, lo que es bien cierto es que los instrumentos preferidos del llamado *soft law* (léase las declaraciones multilaterales) o, incluso, las partes de los tratados que no son *per se* vinculantes se puede dar impulso a la creación de la norma o dar pie al reconocimiento de principios generales del derecho (ya sean generales o propios de una rama). Bien podría ser éste el caso del principio de justicia intergeneracional.

En la práctica diplomática, ha resultado de gran utilidad alcanzar instrumentos, mediante los cuales se expresan conceptos o principios sin necesidad de comprometer parte de la soberanía estatal o, ¿por qué no decirlo?, para evitar el escrutinio internacional, ya sea de otros Estados o cuerpos creados para tal efecto. No quiere decir que la concepción del *soft law*, de la que se verá un buen número de ejemplos en el siguiente capítulo, sea la mejor solución para el desarrollo del derecho internacional. Existen críticas a su propia existencia, entre ellas el propio cues-

²¹² “...might well destabilize the whole international normative system and turn into an instrument that can no longer serve its purpose”, en Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 77 *American Journal of International Law*, 1983, pp. 413-442. Publicado en ‘Vers une normativité relative en droit international?’, 86 *Revue Générale de Droit International Public* 5 (1982).

²¹³ Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 54, núm. 03, agosto de 2000, p. 422.

tionamiento del internacionalista Prosper Weil, al que ya hicimos alusión, y que podría también expresarse como contradictorio a la propia *raison d'être* del derecho internacional.

Por lo anterior, habrá de explorar el fenómeno de un derecho menos “legalizado”²¹⁴ que contrasta con el *hard law* que se traduce para los actores internacionales en las ventajas de “reducir los costos de transacción, fortalecer la credibilidad de sus compromisos, expandir la disponibilidad de sus estrategias políticas y resolver los problemas derivados de contrataciones incompletas”, como advierten Abbot y Snidal.²¹⁵

Es importante señalar que no debe considerarse que un instrumento, por la sola pertenencia al llamado *soft law*, no tendrá ninguna implicación legal. En esto debe tenerse conciencia en el enunciado de Jan Klabbers quien señala que el *soft law* “denota aquellos instrumentos que debe considerarse que darán pie a efectos legales, pero que no (o tal vez todavía no) equivalen a un verdadero derecho”.²¹⁶

Estos fenómenos normativos reflejan una realidad distinta a un sistema binario normativo internacional *soft law-hard law*, es decir, una compleja normatividad con diferentes escalas. Por tanto, es necesaria una visión que pueda detectar estos matices y darles el peso adecuado.

Se debe reconocer cierta utilidad al llamado *soft law* para acoger nuevos fenómenos o temáticas novedosas dentro del derecho internacional. No cabe duda que este es el sendero que ha sido escogido en ciertas áreas debido a las limitaciones propias del derecho internacional, impregnado de pretensiones universales y que podría volcarse al individuo y a la Humanidad en su

²¹⁴ Para una mayor referencia al concepto de “legalización” véase: Abbott, Kenneth *et al.*, “The Concept of Legalization” 3 *International Organization* 54, 2000.

²¹⁵ Abbott, Kenneth y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *op. cit.*, nota 213. En el idioma original: “...reduce transactions costs, strengthen the credibility of their commitments, expand their available political strategies, and resolve problems of incomplete transactions”, p. 422.

²¹⁶ Klabbers, Jan, “The Redundancy of Soft Law”, 65 *Nordic J. of Int'l L.* 167, p. 1996, 168.

conjunto, sin abandonar, pero relegando, en su oligárquico protagonismo, al Estado.

El *soft law*, por lo expresado, se constituye en un vehículo distinto a los procesos formales de gran utilidad.

III. PROSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL EN UN SISTEMA INTERGENERACIONAL

1. *La complejidad de la noción del derecho internacional general*

Si con un gran esfuerzo intelectual se intenta colocar a las normas intergeneracionales dentro del derecho internacional, en una visión llámese tradicional, tal como se ha intentado en los apartados anteriores, también resulta arduo, pero interesante abocarse al fenómeno desde la perspectiva de su trascendencia a la propia estructura del derecho internacional.

Cabe recordar en este apartado que el derecho internacional no es un fenómeno estático, por lo que resulta natural la frase utilizada por Friedmann, que le definía como la “estructura cambiante del derecho internacional”.

El cambio más notorio entre el derecho internacional clásico y el actual es la propia confección, dedicada exclusivamente para los nacientes Estados en una relación horizontal, en el caso del primero, y la verticalidad y amplitud en el caso del actual.

Sin perder de vista la preeminencia de los Estados, el derecho internacional adquiere en estos días una cierta vocación hacia el universalismo, aventurándose más allá de las esferas interestatales. De las exploraciones más notorias, sin duda, sobresale la dotación de personalidad a individuos en un camino bifurcado que lleva por un lado al goce de derechos, de lo cual los derechos humanos es el aspecto más notorio, y por otro a la imposición de sanciones como lo es el caso del derecho penal internacional.

La significación de la ampliación del derecho internacional se trasluce, como observa Simma, en la creación de instituciones y procedimientos para la ejecución de intereses colectivos en el

plano internacional y la emergencia de una comunidad internacional percibida como una comunidad legal.²¹⁷

Por tentador que lo sea, no debemos adscribirnos a una discusión de nuevos fenómenos del derecho internacional que han merecido estudios acuciosos como la fragmentación, constitucionalización y gobernanza mundial, que en cierto sentido pueden ser adjetivos. Lo que se pretende es, por otro lado, destacar que el derecho internacional ha tenido que ajustarse a la evolución de las necesidades de la comunidad internacional. El camino tomado para la incorporación del individuo en las preocupaciones de la sociedad mundial ha sido arduo y no ha estado lejos de obstáculos. Sin duda, la penetración de la idea de una equidad o justicia intergeneracional en el propio derecho internacional, de ser permitida, tendría repercusiones no solamente en la estructura, sino también en el enfoque, llevaría a que esta ciencia se acerque más a una justicia universal.

A. Evolución del pensamiento jurídico internacional sobre una comunidad internacional

Los cambios en el derecho internacional pueden observarse en un análisis de tendencias. Un punto en el que resulta interesante prestar atención es el relativo a la evolución del pensamiento sobre una comunidad internacional, pues al quererse introducir el aspecto intertemporal al propio concepto de la Humanidad, es necesario preguntarse qué tanto se ha cristalizado o se está consolidando esta unión desde el punto de vista jurídico. A pesar de ello, en este apartado solo se referirá al origen y a su primera evolución, dejando abierta esta interrogante al análisis de la propia disertación en su totalidad.

²¹⁷ Simma, Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", 250 *Recueil des Cours* (1994 VI) 217, pp. 231-234. Simma continúa su argumento señalando que el derecho internacional ha entrado en una etapa en la que no se agota solamente con derechos y obligaciones entre Estados, sino que incorpora intereses de la comunidad internacional como un cuerpo íntegro.

La idea de la Humanidad regida bajo un único imperio, una república universal o la sociedad humana entrelazada ha despertado la ambición de reyes, emperadores, pontífices y tiranos, y ha sido la fuente del éter de los sueños de idealistas, poetas, filósofos, pensadores y juristas. ¿Cómo es posible que esta idea haya convergido en extremos tan opuestos? Quizá la respuesta reside, por una parte, en la inherente búsqueda humana de la pertenencia social, aumentada bajo la apetencia del poder, en el primer caso, y a la búsqueda de una solución ideal a todos los males en una unión ecuménica, para el segundo caso; ambas aspiraciones malogradas por la tensión natural surgida por las suspicacias, la separación del individuo contrastada al mucho menor sentido de integración mundial y el afán de independencia estatal que, por lo menos, hacen el ideal impracticable en nuestro tiempo.

Trataremos de hacer un breve recuento, con la intención de examinar la propuesta y la finalidad que con ella se perseguiría, de algunos pensadores que han propugnado, por lo menos en el texto, por la consecución de esta idea o que hayan ensayo sobre su factibilidad. Aquí habría que hacer una valoración de lo que podría expresarse con la idea de una universalidad de la comunión humana que puede reflejarse en dos sentidos; en una primera visión podría pensarse en una unión completa, integral, cubierta por la égida de una sola ciudadanía universal que hasta el día de hoy se puede avizorar como un sueño utópico o por lo menos lejano, y una segunda proyección en la cual los principios considerados como válidos universalmente permean las fronteras estatales de los que un preclaro ejemplo son los derechos fundamentales del hombre, integrados junto con otros valores ecuménicos dentro de una noción de justicia universal.

Pero antes de iniciar con el repaso histórico del pensamiento, vale la pena prevenir que las ideas expresadas por cada uno de sus autores deben de ser valoradas en su propio contexto. No deben verse el pensamiento de antaño sin considerar las circunstancias que le dieron vida o que ayuda a interpretarle en su justa forma, negar el contexto sería sucumbir a un presentismo ab-

surdo e inútil. Sin embargo, se procurará abstraer lo que pueda tener un valor intrínseco persistente y valioso; separando, por un lado, lo que podría ser la simple idea y lo que ella tendría de realización concreta.

Observese que no sería la práctica política griega la que diera ejemplo de un universalismo político, pues la noción de gobierno más extensa se limitaba a la *polis*, con las consabida excepción de un panhelenismo en la consagración para todas las ciudades del oráculo de Delfos y los juegos en honor a Zeus en Olimpia. Ni siquiera podría concebirse que las conquistas de Alejandro Magno pudieran ilustrar la idea de una integración mundial pues para los griegos todo lo extranjero concebíase como bárbaro.

En este punto, puede enunciarse a la *República* de Zenón como una utopía excepcional, siempre guardada en el mundo de las ideas, como ejemplo de una universidad política. Claro que esto siempre quedará en el peculiar universo de la conjetura, al no guardarse ningún manuscrito o copia de la obra; sin embargo, vale la pena transcribir lo que escribía Plutarco al respecto:

De cierto, la muy admirada República de Zenón, fundador de la secta estoica, se resume en este único principio: que no vivamos separados en comunidades y ciudades diferenciados por leyes de justicia particulares, sino que consideremos a todos los hombres ciudadanos de una misma comunidad y que haya una única vida y un único orden para todos como un rebaño que se cría y paze unido bajo una ley común.²¹⁸

Bien queda la expresión del historiador y biógrafo Plutarco al referir que Zenón escribió su obra como si “modelara un sueño o una imagen de un gobierno y de una buena constitución filosófica”.²¹⁹

Para proseguir, se seguirá con lo que sí ha quedado escrito: el pensamiento de Cicerón, quien, por medio de su prosa exquisita,

²¹⁸ Plutarco, *Sobre la fortuna o virtud de Alejandro*, I 6, trad. de Mercedes López Salvá, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1989.

²¹⁹ *Idem.*

enseñaba que el origen que integra a todos los hombres en la *universi generis humani societate* es el uso de la *ratio et oratio*.²²⁰ Se considera digno de mención el ideario del pensador romano, heredero y gran introductor de la filosofía griega, no solo es por la primicia de la visión de todos los hombres en una sociedad conjunta, Cicerón va más allá, encuentra las razones del lazo humano: la razón y la palabra.²²¹

Pues bien, como un puente entre el mundo antiguo y la Edad Media, es necesario mencionar a San Isidoro de Sevilla, quien intentando recopilar todo el conocimiento acumulado hasta su época, legó las Etimologías en las que apuntó que así como la casa es la habitación de una familia, la urbe la unión del pueblo, la esfera terrestre será el domicilio de todo el género humano: “*Domus unius familiae habitaculum est, sicut urbs unius populi, sicut orbis domicilium totius generis humani*”.²²² En la misma obra, San Isidoro afirmaría que existen tres sociedades, de familias, de ciudades y de naciones, mención muy adelantada para su tiempo y que daría fortaleza a los señalamientos similares que vendrían de los teólogos españoles, idea casi idéntica a la que San Agustín de Hipona habría formulado años antes.²²³

²²⁰ Cicerón, *De Officiis*, I, 50.

²²¹ La traducción de *ratio et oratio* no es sencilla. Se ha utilizado razón y palabra a pesar de que pudiera excluir algunos significados importantes. *Ratio et oratio* puede asemejarse al *logos* griego, término que implica la argumentación racional. También puede concebirse dentro del diálogo, del discurso. Cicerón ejemplifica los actos derivados de este primer principio que conduce a la unión societaria humana: “*ratio et oratio, quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate*”. *Idem*.

²²² San Isidoro, *Etimologías*, Lib. IX, Cap. IV. § 3.

²²³ San Agustín, *De civitate Dei*, XIX, vii. En el texto latino señalaría el Santo: “*Post civitatem uel urbem sequitur orbis terrae, in quo tertium gradum ponunt societatis humanae, incipientes a domo atque inde ad urbem*”. Debe tomarse en cuenta que en el mismo capítulo, el Doctor de la Iglesia advierte sobre los peligros de este gran círculo de sociedad humana que es el orbe, pues entre más grande es el orbe, más peligros se presentan, tal como acontece con los grandes mares: “*deinde ad orbem progrediendo uenientes; qui utique, sicut aquarum congeries, quanto maior est, tanto*

Habría, dentro de este sucinto recuento, quienes encontrarán una finalidad de la hipotética comunidad internacional. Dante Alighieri, preocupado por las guerras y sus causas, debate sobre la necesidad de conjuntar el poder en un solo principado, un monarca que no desee más por poseerlo todo: “*tutto possedendo e più desiderare non possendo*” y tenga contenido a los reyes en los límites de sus reinos.²²⁴ No sería otra la misión principal del malogrado ensayo que fue la Sociedad de Naciones (la de la paz, por supuesto) de la que solamente queda el texto como muestra de la buena intención de los redactores acompañado del aprendizaje recogido de la fallida experiencia.²²⁵

Queda por entretejer del pensamiento histórico enfocado al concepto de comunidad internacional la idea vitoriana del *totus orbis*, de la que si en algo cumplió Francisco de Vitoria el mandato de la *Ordo Praedicatorum*, a la que sirvió honrosamente, fue en predicar y dejar testimonio de su enunciación insigne “*Habet enim totus orbis, qui aliquo modo est una respublica, potestatem ferendi leges aequas et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium*”.²²⁶

Si Vitoria predicaba una república de príncipes en un sentido abstracto, Gentili señalaba, por su lado y de manera más ecuánime, que no debía tomarse literalmente la idea de un acuerdo en el que todas las naciones participaran, idea inlograble en aquella

periculis plenior”, pues aunque San Agustín retoma la idea aristoteliana de la naturaleza social del hombre, también está conciente del peligro de las guerras y matanzas.

²²⁴ Dante Alighieri, *El Banquete* (El Convivio), libro IV, capítulo IV, pág. 3.

²²⁵ A pesar de que nuestro siguiente comentario pueda ser sospechoso para una ciencia jurídica internacional en la que impera el terrible reinado microcósmico del positivismo y voluntarismo estatales que le mantienen encerrada en un ergástulo, creemos que la causa última de la falla fue la falta de la *benignitatis*, a la que aludía Cicerón, que podría ser transpuesta como cooperación internacional y al esquivo de la razón y la palabra como fuentes de la solución pacífica de controversias.

²²⁶ Vitoria, *De Potestate Civile* (ed. de Teófilo Urdániz, Madrid, 1960), § 21, p. 19. Puede encontrarse en la p. 19 de la ed.: Vitoria, Francisco de, *Relecciones del estado de los indios, y del derecho de la guerra*, trad. de P. Teófilo Urdanoz O. P., introd. de Antonio Gómez Robledo, 2a. ed., México, Porrúa, 1985.

época, ya que el mismo profesor italiano de Oxford reconocía que existían naciones innumerables y repartidas en el espacio, profundamente diferentes e ininteligibles por sus idiomas. Sin embargo, aquello no debía ser motivo de repudio de un derecho logrado, Gentili señalaba que debía considerarse como decreto y consejo del *totus orbis*, aquello que pudiera ser aceptado sucesivamente por todos: “*Sed quod successive placere omnibus visum est, id totius orbis decretum, et concilium fuisse existimetur*”.²²⁷ Finalmente, esta idea llevaría al jurista italiano emigrado a Inglaterra a concluir que la autoridad de todo el orbe podía ser expresada por la decisión de la mayoría, tal como acontece al promulgarse las leyes de un Estado por la mayoría de sus ciudadanos: “*Imo ut rectio civitatis, et legis latio est penes civitatis partem maiorem: ita orbis rectio est penes congregationem maioris partis orbis*”.²²⁸

Gentili tendría en mente un concepto amplísimo, ecuménico del *totus orbis*, más amplio inclusive que el concepto de Vitoria restringido a la Cristiandad. En dicha noción no habría requisitos de pertenencia más que la propia pertenencia al género humano: Gentili hablaría de una verdadera *societas humani generis*.²²⁹

Se debe admirar de Gentili la inigualable sensatez al referirse a una congregación de las mayores partes del mundo, capaz de formular leyes y representar a la comunidad internacional. ¿Acaso no puede considerarse una aspiración válida en nuestros días? Se cree que sí, y no deja de admirarnos lo adelantado del pensamiento del jurista italiano, así como los valores democráticos que encierra la propia idea de una “congregación” con capacidad legislativa y representativa, no solo de un grupo de gobiernos, sino de toda la comunidad internacional. En verdad que la idea asemeja, aunque de mejor trazo conceptual, a la actual Organización de las Naciones Unidas, con menos limitaciones, por supuesto.

En este tejido histórico, correspondería al jesuita Francisco Suárez proseguir en el camino abierto por el dominico Vitoria,

²²⁷ *De Iure Belli*, I, 1.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ *Ibidem*, I, 15.

aunque con una visión menos orgánica y más relajada. Puede leerse de la parte toral de su obra referida a la comunidad humana:

La razón de este derecho (internacional) consiste en que el género humano, aunque dividido entre diversos pueblos y reinos, mantiene siempre, con todo, cierta unidad, no ya sólo la específica (de la raza humana), sino una cuasi política y moral, como lo indica el precepto natural del amor recíproco y la misericordia que se extiende a todos, aun a los extranjeros y de cualquier nación. Por lo cual, aunque un Estado, ya sea república o reino, sea en sí mismo una comunidad perfecta y dotada de sus propios elementos constitutivos, todavía cualquiera de aquellos Estados es también, en algún sentido y en relación con el género humano, un miembro de esta sociedad universal. Dichas comunidades, en efecto, nunca pueden a tal punto bastarse a sí mismas que no requieran alguna ayuda, asociación e intercambio, ya para su mayor bienestar y desarrollo, ya por necesidad moral o falta de recursos, como lo enseña la experiencia.

Por este motivo, los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico por el que se dirijan y organicen debidamente en este género de asociación e intercambio. Y si bien en gran parte provee a esto la razón natural, no lo hace, sin embargo, directa o plenamente con relación a todas las circunstancias y por esto pudieron constituirse ciertos derechos especiales por el uso de las mismas naciones. Porque de la misma manera que en un Estado o reino la costumbre es fuente de derecho, así también pudo implantarse por las costumbres un derecho de las naciones en la universalidad del género humano.²³⁰

²³⁰ *De legibus*, II, XIX, 9. La primera parte del texto señala en el idioma original: “Ratio autem huius partis et iuris est quia humanum genus, quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae quod ad omnes extenditur, etiam extraneos et ciuiuscumque nationis. Qua propter licet unaquaeque civitas perfecta, respública, aut regnum, sit in se communitas perfecta, et suis membri constans, nihilominus quaelibet illarum est etiam membrum aliquo modo huius universi prout genus humanum spectat”. Existen diversas traducciones al español, entre

Sin duda estas palabras merecen su colocación con letras de oro en palacios y la transcripción literal en esta disertación, pues en ella se respira un halo de humanidad invaluable. Suárez, como lo es natural en sus letras, coloca al género humano por encima de la organización gubernamental, idea que refleja la necesidad de un derecho para esta asociación o sociedad universal.

Es en el momento posterior de la reflexión en el que se compara a la sociedad universal de Suárez, a la cual se le tilda de no tener los caracteres de autoridad o parlamento mundial que tiene el pensamiento de Vitoria con su noción de *totus orbis*.²³¹

James Brown Scott observaría al respecto que la concepción suariana no es orgánica, pues el jesuita no tendría en mente una comunidad organizada con poderes legislativos o ejecutivos, lo que sí habría en el ideario de Vitoria, en el que cabría una autoridad mundial con un poder creador y ejecutor.²³² El jurista estadounidense equipararía ambas concepciones a la creación de una confederación mundial por el lado de Vitoria y una federación de Estados por el lado de Suárez, Scott prosigue su comparación del ideario de Vitoria con la maquinaria incipiente que se estableció en Ginebra (recordar que Brown escribió su obra antes

ellas: Suárez, Francisco, *Tratado de las leyes y dios legislador*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1918 y la edición crítica bilingüe por Luciano Pereña, publicada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Madrid en 1973, de las cuales nos sigue convenciendo más la primera en la que sí se hace una mención a una “sociedad universal”, noción que se abrevia en la segunda al referirse exclusivamente al género humano. Por otro lado, es notorio que la costumbre tuviera por aquellos años de incipientes normas internacionales un lugar principal, por lo que no extraña que años después Bynkershoek afirmara en un sentido similar al último párrafo transcrito: “illo perpetuo usu inter diversos sui iuris populos observata consuetude, quam solida et mascula ratio iis persuasit, et ius gentium appellamus”, *cf.* Bynkershoek, *De Foro Legatorum*, Dedicatio.

²³¹ Antonio Gómez Robledo acepta que pueden existir diferencias en el pensamiento de los teólogos españoles, aunque entre ellos existe una unidad radical. Véase comentario al particular en Gómez Robledo, Antonio, “Fundadores del derecho internacional”, en *Obras*, México, El Colegio Nacional, 2001, t. 9, p. 498.

²³² Scott, James Brown, *Law, the State, and the International Community*, Nueva York, Columbia University Press, 1939, vol. 1, pp. 559-561.

de la Segunda Guerra Mundial) y el programa de Suárez con la propia institución judicial internacional de La Haya.²³³

Lo que es bien cierto es que Suárez, como afirma Brown Scott, idearía una sociedad de naciones independientes, pues la Humanidad no está conglomerada en un cuerpo político único, sino en distintas comunidades, las cuales, para prestarse ayuda recíproca y en aras de conservar la paz y la justicia en sus relaciones propias, tendrían como condición observar un pacto común a ciertas leyes comunes, llamadas *iura gentium*.²³⁴

Se debe tener en firme que comparar el Estado actual de las relaciones internacionales con el pensamiento de los españoles es un ejercicio intelectual seductor que nos regala un pase directo al delicioso mundo de la especulación, pues bien a bien, aunque Vitoria hablaba de una potestad de hacer leyes y Suárez, por su parte, de una unidad política de leyes introducidas por la conducta de los Estados, a ninguno de los dos grandes teólogos españoles le tocaría observar la realidad de un mundo globalizado.

Por otro lado, debe tenerse conciencia que las ideas de comunidad internacional tienen demarcada una primera frontera con la soberanía de los Estados, a lo que cabe preguntarse si puede considerarse esta primera línea como un impedimento a la realización de los objetivos exclusivos de la comunidad internacional, en el caso de este trabajo de las futuras generaciones, o si se solo se trata de la delimitación de subgrupos que conforman la comunidad internacional en su conjunto.

²³³ *Idem*. Brown Scott compararía la obra de Vitoria y de Suárez en otro libro, en el que considera que la filosofía de Vitoria estaba subordinada a su propia aplicación y que en Suárez existe un *desideratum* de crear una filosofía que pudiera permear no solo en una parte del Derecho, sino todo en el Derecho, para así poder ser aplicable en un caso concreto sino en todos los casos. Brown Scott continúa en su obra historiando sobre la evolución del derecho internacional, considerando a Grocio como un apéndice de la escuela española, al haber heredado la tradición de ambos religiosos ibéricos. Véase Scott, James Brown, *The Catholic Conception of International Law*, Washington, D. C., Georgetown University, 1934, pp. 128-130 y 235-240.

²³⁴ Véase Scott, James Brown, *The Catholic Conception of International Law*, *op. cit.*, nota anterior, p. 250.

B. Soberanía vis-à-vis futuras generaciones

La idea que más ha sido discutida desde la aparición del Estado moderno ha sido la noción de soberanía, justamente por ser vital a su existencia. No solamente es importante la soberanía a la estructura interna del Estado, sino también para fortalecerle, y de esta manera, ganar independencia con respecto a otras entidades semejantes. Sin embargo, hoy por hoy, el ejercicio y cesión de la soberanía, por lo menos la parte que es negociable, es una herramienta necesaria para preservar la vida de los Estados para tener acceso a beneficios sin los cuales, de otra forma, se vería marginado por no establecer relaciones e intercambios.

También se considera pertinente tener en cuenta, como preámbulo, en esta etapa del derecho internacional en la que aunque las normas son internacionales por su origen ya alcanzan el nivel interno por su objeto, lo que señala el profesor Becerra “los Estados ya no son los únicos protagonistas del derecho internacional y de las relaciones internacionales y en consecuencia la soberanía ha sufrido un proceso de adelgazamiento; sin que llegue a desaparecer”.²³⁵

No se quiere decir que la soberanía, en la actualidad, pueda ser borrada. Por el contrario, no podría hablarse siquiera de una comunidad internacional, aun en abstracto, sin un sistema igualitario entre Estados. Las relaciones jerárquicas entre Estados, en un sentido formal, no permitirían un sistema saludable de las relaciones internacionales. Pues bien, donde existe comunidad o sociedad hay derecho para conformar su estructura: *ubi societas ibi ius*, tal como afirmaba Cicerón. Estas propias normas societarias, entre otras funciones, evitan las incursiones a la soberanía de los Estados.

Ahora bien, históricamente el derecho internacional, por lo menos desde un punto de vista práctico, fue creado (o introducido) para proteger la existencia de los Estados en una incipien-

²³⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 17 y 18.

te comunidad internacional, regulando lo que en aquellos siglos eran las mayores controversias: la guerra, principalmente, los privilegios e inmunidades diplomáticas, disputas territoriales, la libertad de los mares, etcétera.

Con el tiempo, no fue menor el interés por consagrar la noción de soberanía de aquellos Estados que ganaron su independencia después de siglos de colonialismo, y bajo esa óptica, cobra sentido el enunciado del extinto profesor indio Prakash Sinha, quien conocería esta experiencia en carne propia:

La soberanía es la posesión más valiosa de los nuevos Estados independientes. Por un lado, la soberanía permite dominar su propio territorio y, por otro lado, les brinda un escudo legal en contra de las incursiones extranjeras o las amenazas de Estados poderosos.²³⁶

No sería muy distinto el objetivo perseguido por los Estados en desarrollo en las décadas de los setentas y ochentas. Con las herramientas disponibles, dichos Estados procuraron adoptar estrategias y crear doctrinas para interpretar el derecho internacional de acuerdo a sus necesidades. Entre estas incursiones de los Estados no occidentales, despunta la doctrina de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, acompañada de otros conceptos vitales para su supervivencia como los idearios de autodeterminación y derecho al desarrollo.

Con mucha pujanza, los Estados en desarrollo persiguieron la idea de establecer una concepción de soberanía que les permitiera una mayor participación en la creación y desarrollo del propio derecho internacional, forjada en un choque con los países que alguna vez fueron colonialistas y con miras a remediar el pasado.

Puede decirse que esta confrontación no ha sido superada y la soberanía sigue siendo un escudo para los países en desarro-

²³⁶ Sinha, S. Prakash, "Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law", 14 *International and Comparative Law Quarterly* 127, 1965.

llo a lo que se suma que la problemática tradicional del derecho internacional sigue latente. Con este escenario, existen nuevas cuestiones que han emergido tan de súbito que los esfuerzos por resolverlas no han sido suficientes.

Entre estas nuevas cuestiones latentes o por resolver hay autores que les denominan “zonas gises”, aludiendo a fenómenos normativos que rompen con el concepto original y clásico de la soberanía, áreas que son ejemplificadas con los derechos autónomos, la *lex mercatoria*, el derecho deportivo [internacional], la internet, el sistema financiero [internacional], las ONGs y de ciertas áreas “mundializadas”, entre las que se citan al medio ambiente, los derechos humanos, el derecho humanitario internacional y el derecho penal internacional.²³⁷

De estas últimas áreas “mundializadas” Becerra, Povedano y Téllez apuntan que en estas zonas es:

En donde la humanidad tiene un interés general en no permitir la impunidad y proteger al medio ambiente, porque es de todos, pues su daño afecta a todos los seres vivos, de ahí que el derecho reconoce ciertas áreas que llamaremos mundializadas, en donde hay ciertas ¿soberanías compartidas?

En las nuevas áreas a las que se hace referencia o “áreas mundializadas”, entre las que particularizamos la protección al patrimonio de la Humanidad y al medio ambiente se ha cuestionado si una disminución del concepto tradicional de soberanía puede llevar a un mejor entendimiento. Particularmente en la protección al ambiente, Phillippe Sands, señala que sería necesario “un sistema judicial internacional más enérgico, con un orden legal internacional más incluyente, accesible y diverso” (*a more assertive*

²³⁷ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, “La soberanía en la era de la globalización”, en Becerra Ramírez, Manuel y Müller Uhlenbrock, Klaus (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 64-66.

international judiciary, together with a more inclusive, accessible and diverse international legal order).²³⁸

No solo es interesante el denuesto del profesor británico a la noción de soberanía clásica en temas ambientales, también involucra el rediseño del orden legal internacional por completo al señalar que los asuntos ambientales conllevan un reto a las funciones legislativas, administrativas y judiciales del derecho internacional.

Ahora bien, en terrenos firmes, en el contexto de la cooperación multilateral para conservar elementos indispensables para la vida de los hombres, que finalmente forman el elemento humano de la comunidad de Estados, tal como fue el caso de la pérdida de la capa de ozono, fue probado que una tarea colectiva era necesaria para enfrentar un reto que de otra forma no hubiera podido ser resuelto por un solo gobierno de un Estado, por poderoso que este fuera.

Con el antecedente señalado, es posible cuestionar: ¿de qué sirve conservar una concepción malinterpretada y aprehensiva de la soberanía si la población y territorio, elementos fundamentales de dicha noción, pueden ser dañados irreparablemente? Sin duda la pregunta está formulada con una intencionalidad marcada; a pesar de ello, se puede afirmar que los Estados, en su carácter de entes soberanos y partes de la comunidad internacional, al celebrar y cumplir con el Protocolo de Montreal, actuaron en el mejor interés de sus pobladores, presentes y futuros. Como consecuencia, no solamente el interés de la comunidad actual o de los pobladores presentes fue alcanzado, sino también los intereses particulares de los Estados, al prevenir los riesgos de cáncer en la piel de sus pobladores y otros impactos, tales como los daños a las cosechas y al plancton marino, entre otras consecuencias asociadas a la pérdida de la capa de ozono.

²³⁸ Cfr. Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, op. cit., nota 166, p. 12. También puede consultarse al mismo autor en: "Turtles and Tortures: The Transformation of International Law, 33 *NYUJILP* 527, 2001, at 588.

Los argumentos esgrimidos en el párrafo anterior pueden utilizarse en otras áreas del derecho internacional en los que la cooperación entre Estados ha logrado excelentes resultados, tanto para ellos mismos como para la propia comunidad internacional. No obstante, pueden señalarse que existen un sinnúmero de áreas en las que todavía es necesaria la búsqueda de soluciones, zonas en las que permea una alusión a una equívoca pérdida de soberanía o una acusada y supuesta conspiración para instrumentar un gobierno mundial, tal como podría ser lo que hoy en día no permite lograr acuerdos para evitar el cambio climático antropogénico.²³⁹

No cabe la menor duda que los Estados tienen un particular interés en la conservación de su territorio y sus recursos dentro de su jurisdicción. Los Estados no perseguían otro objetivo al adoptar en 1962, a través de la Asamblea General de Naciones Unidas, una resolución por la cual se declararan soberanos de sus propios recursos naturales.²⁴⁰ No obstante, en pocos campos como el derecho ambiental internacional, puede reflejarse el interés que tienen los Estados como comunidad y todos los actores involucrados, considerada la propia Humanidad como beneficiaria y beneficiaria de las regulaciones. Lo señalado puede explicarse porque Alexandre Kiss and Dinah Shelton se refieren a “una tensión entre la noción tradicional de soberanía y las preocupaciones ambientales” y la razón por la cual ambos autores afirman que algunos de estos temas “causan problemas para la aplicación de la soberanía estatal, debido a que el ambiente no conoce fronteras”.²⁴¹ Los citados autores concurren en que ciertas limita-

²³⁹ Sin duda existen mayores motivos, aunque campean estos argumentos entre los que se esgrimen para esquivar acuerdos.

²⁴⁰ G.A. Res. 1803 (XVII) on Permanent Sovereignty over Natural Resources of 14 December 1962.

²⁴¹ “A tension between traditional notions of state sovereignty and environmental concerns... some environmental issues raise serious problems for the application of state sovereignty, since environment knows no boundary”. Kiss, Alexandre y Shelton, Dinah, *International Environmental Law*, 3a. ed., Ardsley, Nueva York, Transnational Press, 2004, p. 21.

ciones a las acciones de los Estados deben imponerse para alcanzar una protección integral al ambiente.²⁴²

Nunca ha existido una soberanía tan inmensa que permita proferir daños a otros Estados. Esto último ha sido claramente señalado en el caso del Canal de Corfu en el que la CIJ afirmó: “todos los Estados tienen una obligación de no permitir, a sabiendas, que su territorio es usado para ejecutar actos contrarios a los derechos de otros Estados” (*every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*).²⁴³ Solamente que, por lo que toca a las consideraciones ambientales o de bienes de valor universal, éstos rebasan el interés exclusivo de los Estados trocándose en interés del género humano en una dimensión temporal amplia.

Si bien pareciera que la protección ambiental se debe a la misma idea de la reserva y respeto a la soberanía de otros Estados,²⁴⁴ esta primer respuesta se queda corta al considerar los daños que se pueden producir al ambiente en las zonas en las que no existe una pertenencia soberana exclusiva, espacios tales como el alta mar, los fondos marinos el espacio, etcétera. En consecuencia, para las preocupaciones que propiamente pertenecen a toda el orbe, una idea de soberanía a ultranza y malentendida podría resultar incompatible para los fines humanos universales. No se quiere expresar con esta idea que las fronteras políticas resultan estorbosas, por el contrario, la soberanía estatal es un elemento necesario en la conformación mundial como se vive en nuestros días. Lo que se quiere resaltar es que existen fenómenos que cuestionan la idea de una soberanía absoluta y el empleo de ellos redundaría en un beneficio para el elemento humano del Estado, como podría ejemplificarse con el innegable beneficio de la incorporación de las normas internacionales referidas a los derechos humanos dentro de la capa soberana de los Estados.

²⁴² *Ibidem*, p. 22.

²⁴³ *Corfu Channel Case*, ICJ Reports 1949, p. 22.

²⁴⁴ Véase CIJ ha señalado en ese sentido en: *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, párr. 29, ICJ Reports 1996, p. 225.

En esta tarea siempre evolutiva del derecho internacional puede encontrarse un capítulo que ejemplifica una nueva concepción de la soberanía como un deber; la responsabilidad de proteger. Con el fin de abordar de manera ejemplificativa la forma en que el derecho internacional puede incidir con cierta novedad en el tópico de la soberanía rompiendo con la idea tradicional del régimen eminentemente interestatal de Westfalia se dedica unas líneas al respecto.

El concepto de “responsabilidad de proteger” (RdP),²⁴⁵ es de reciente acuñación y su aplicación práctica no es menospreciable tomando en cuenta que ha sido utilizado en situaciones tan actuales como lo es la intervención del Consejo de Seguridad en el caso de Libia.²⁴⁶ Por tanto, conviene recapitular sobre la naturaleza de esta última noción y su aplicabilidad en el derecho internacional.

²⁴⁵ En términos muy simples consiste en prevenir, reaccionar y reconstruir, en caso de una grave crisis humanitaria y se le asocia con el concepto de seguridad humana, véase Revilla Montoya, Pablo César, “Hacia la responsabilidad de proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. III, 2007, p. 673.

²⁴⁶ La aproximación de Estados y otros actores al Consejo de Seguridad con base en el concepto de RdP tiene como primer antecedente la resolución 1970 del CS (26 de febrero de 2011) que reconoce, *inter alia*, una “grave y sistemática violación de los derechos humanos” en Libia (PP2), “que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil... pueden constituir crímenes de lesa humanidad”(PP6) y la RdP de Libia a su población (PP9)2. Dicha resolución sería el preámbulo a la 1973 (17 de marzo de 2011) que reitera la RdP de la autoridades libia a su población (PP2) y contempla, en su parte operativa: i) la autorización a los Estados miembro a tomar todas las medidas necesarias para proteger a población y objetivos civiles dentro de territorio libio; ii) la prohibición de todos los vuelos en el espacio aéreo de Libia, con la excepción de los vuelos con propósitos humanitarios autorizando a los Estados miembro a tomar todas las medidas necesarias para llevar a cabo dicha prohibición; iii) la ejecución del embargo de armas autorizado por la resolución 1970; iv) la prohibición de vuelos comerciales con origen o destino libio, v) la congelación de activos libios a largo plazo; vi) la designación de nombres de individuos y entidades sujetos a restricción de viajes; y, vii) el establecimiento de un Panel compuesto por ocho expertos para examinar y analizar información relativa a la implementación de esta resolución y de la 1970.

En principio, debe señalarse que el concepto de RdP fue desarrollado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados,²⁴⁷ que abrió paso para que en el Acta Final de la Cumbre Mundial de 2005, aprobada por la Asamblea General, se enunciara: “cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad.”²⁴⁸

En dicho documento, se añadiría que “[l]a comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana”. Más allá, los mismos Estados se comprometerían a “adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda”.²⁴⁹

Con respecto a la propia naturaleza del concepto (no principio, en términos legales) de RdP, debe verse con prudencia su obligatoriedad y tenerse en cuenta que no existe todavía unanimidad en la comunidad internacional.

Cierto que el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio²⁵⁰ en su informe, considera que la RdP es una

²⁴⁷ Dicha comisión fue convocada por el gobierno de Canadá, ante la pregunta del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en su discurso ante la Asamblea del Milenio: “¿Cómo... responder a situaciones como las de Ruanda o *Srebrenica* y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?”, en A/54/2000, “We the Peoples: the Role of the United Nations in the Twenty-First Century”, 27 de marzo de 2000, p. 35.

²⁴⁸ 34 UN Doc. A/RES/60/1, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, Sexagésimo Periodo de Sesiones, temas 46 y 120 del programa, 24 de octubre de 2005, párr. 138.

²⁴⁹ En caso de resultar inadecuados los medios pacíficos y sea evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población. *Ibidem*, párr. 139.

²⁵⁰ Establecido en 2004 por el Secretario General Kofi Annan. Véase “*Follow-up to the outcome of the Millennium Summit*”, A/59/565/Corr.1, 6 de diciembre de 2004.

norma emergente del derecho internacional,²⁵¹ criterio acogido posteriormente por el secretario general.²⁵² No obstante, desde el prisma positivista, es difícil considerarle obligatorio dentro de los cánones tradicionales del derecho internacional. A ello se suma la aseveración de Carsten Stahn sobre el texto que tendría mayor autoridad (el Acta Final de la Cumbre de 2005): “deja considerables dudas concernientes a sí en verdad y con qué alcances, los Estados tenían la intención de crear una norma jurídica”.²⁵³

Ante la situación descrita, conviene señalar que el Informe del Secretario General *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*,²⁵⁴ cumple con la tarea de desarrollar un esbozo de normas, procesos y prácticas de las Naciones Unidas en la materia. Dicho informe cimienta “tres pilares” de la RdP, tal como apunta el Embajador Juan Manuel Gómez-Robledo:²⁵⁵ i) la responsabilidad primordial

²⁵¹ Literalmente se señaló: *We endorse the emerging norm that there is a collective international responsibility to protect, exercisable by the Security Council authorizing military intervention as a last resort, in the event of genocide and other large-scale killing, ethnic cleansing or serious violations of international humanitarian law which sovereign Governments have proved powerless or unwilling to prevent.* U N Doc. A/59/565, at 56-57, para. 202, 2004, en <http://www.un.org/secureworld/report.pdf> y <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>.

²⁵² “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, U N Doc. A/59/2005, 21 de marzo de 2005, paras. 16-22.

²⁵³ Stahn, Carsten, “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, *AJIL*, vol. 101, núm. 1, enero de 2007, pp. 100 y 101. En un sentido similar se expresan James Pattison, para quien la condición de la RdP está sujeta a controversia y Wheeler y Egerton, quienes señalan que la noción está en ciernes y aún no ha sido fijada: véase Pattison, James, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 13; Wheeler, Nicholas J. y Frazer Egerton, 2009. “The Responsibility to Protect: ‘Precious Commitment’ or a Promise Unfulfilled?”, *Global Responsibility to Protect*, 1, núm. 1, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 124 y 125.

²⁵⁴ U N Doc., A/63/677, 12 de enero de 2009.

²⁵⁵ Gómez-Robledo V., Juan Manuel, “Universalidad de los derechos humanos y asistencia humanitaria: la evolución inexorable del principio de no intervención”, en Ordorica, Manuel y Prud’homme, Jean-François (coords. generales), *Los grandes problemas de México*, Blanca Torres y Gustavo Vega (coords.)

del Estado de proteger a la población en su territorio, sean nacionales o no, sobre los cuatro crímenes ya señalados; *ii*) la asistencia internacional y formación de capacidad de los Estados, considerando que la prevención es la mejor manera de atacar las causas que podrían dar lugar al incumplimiento; y, *iii*) la respuesta oportuna y decisiva que comprende la atención permanente de la comunidad internacional y, en caso de ser necesario, la acción colectiva, ante la incapacidad o negligencia de un Estado de proteger a la población, basada en el principio de complementariedad con los mecanismos nacionales.

Como epílogo a este apartado puede señalarse que la idea tradicional de soberanía puede entenderse ahora con un sentido de mayor responsabilidad. Sin embargo, si bien en algunos campos como los derechos humanos la introducción de principios es más contundente, en algunas áreas novedosas su inmersión ha sido más gradual y debe vigilarse que su utilización no sea malinterpretada o utilizada con otros fines.

El campo de la equidad intergeneracional bien puede anotarse como una idea que reformule la responsabilidad de la soberanía estatal, aunque los cánones tradicionales del derecho internacional, hoy por hoy, siguen regidos por un sistema interestatal. Lo anterior implica necesariamente que las propias dimensiones de la soberanía o transformaciones a su propia concepción dependan de la propia voluntad soberana del Estado.

C. Del monopolio estatal a la participación de otros actores y sujetos

Si la noción de equidad intergeneracional involucra a los hombres presentes y a los venideros, ¿por qué habría de sujetarse la participación en la elaboración de acuerdos al monopolio de los Estados? Por lo que toca a la rama ambiental, sin duda la más desarrollada dentro de la idea intergeneracional, Sands señala que debe modificarse la forma en que los acuerdos legales inter-

Relaciones Internacionales, México, El Colegio de México, 2010, vol. XII, pp. 170 y 171.

nacionales y los mismos actores y participantes en los procesos internacionales.²⁵⁶ En otras palabras, se podría postular que no solamente el Estado, aunque continúe con el rol principal, sea el único actor cuando esté en juego la protección de los intereses de las generaciones venideras.

Bien podría preguntarse ¿por qué en Agenda 21 se habla de una “amplia participación pública” como un requisito fundamental para lograr un desarrollo sostenible? Antes de dar respuesta a esta pregunta, se debe comentar que los Estados, aunque siguen teniendo la preeminencia, enfrentan una nueva realidad en la que otras entidades juegan un papel de gran importancia, tales como Organizaciones Intergubernamentales Internacionales, ONGs, corporaciones transnacionales y, en algunos casos, individuos considerados líderes mundiales. En este contexto, resulta de particular relevancia la opinión de Jacobson y Brown Weiss en este ámbito: “Mientras los Estados soberanos continúan como los actores principales, y son los únicos que pueden recaudar impuestos, reclutar y formar ejércitos, estas funciones han perdido su importancia en relación a nuevos temas importantes, tales como la protección ambiental y el desarrollo sustentable”.²⁵⁷

Aquí vale la pena apuntar que las ideas de expansión de los sujetos y eventuales actores no son privativas u originales del derecho ambiental internacional. Con anticipación, el juez Phillip C. Jessup, al hablar de la universalidad de los problemas humanos señalaba que la problemática de lo que él llamaba “derecho transnacional” podía “involucrar lo mismo a los individuos que a las corporaciones, Estados, organizaciones de Estados u otros grupos.”²⁵⁸

²⁵⁶ Sands, Phillippe, *Principles of International Environmental Law*, *op. cit.*, nota 166, pp. 12 y 13.

²⁵⁷ Brown Weiss, Edith and Harold K. Jacobson (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1998, p. 3. Literalmente: “While sovereign states continue as principal actors, and are the only that can levy taxes, and conscript and raise armies, these functions have declined in importance relative to newly important issues, such as environmental protection and sustainable development”.

²⁵⁸ Jessup, Phillip C., *Derecho transnacional*, México, Trillas, 1967, p. 11.

Pues bien, en la tarea de encontrar soluciones a los problemas intergeneracionales la participación de otros sujetos diferentes al Estado debe considerarse apropiada y necesaria. Puede observarse que los actores que participan en la discusión, individuos y entidades no gubernamentales, no tienen, en principio, las facultades de un ente estatal; sin embargo, la propia evolución del derecho internacional puede precisar los roles para cada actor.

2. *¿Insuficiencia del derecho internacional general para acoger el pensamiento intergeneracional?*

Por mucho tiempo pudo haber pasado incuestionado el modelo de derecho internacional posterior a la Paz de Westfalia de 1648, con un trazado de fronteras tradicionales que reclamaban ajeno todo aquello que no se tratase de las relaciones entre Estados.

Sin embargo, dicho modelo ha sido transformado grandemente. En este sentido Hazel Fox señala que el derecho internacional ha sido sujeto a un proceso de cambio, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, cambio notable en su contenido, a los sujetos destinatarios, su método y puntos de aplicación.²⁵⁹

Antes de llegar a ello, veamos la idea tradicional que se ha concebido del derecho internacional, para ello se extrae lo que la Corte Permanente de Arbitraje de derecho internacional señaló en el caso Lotus en 1927:

El derecho internacional regula las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de derecho que vinculan a los Estados emanan, por consecuencia, de su propia voluntad como se expresa en las convenciones o por los usos que son generalmente aceptados

²⁵⁹ Fox, Hazel, "Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms: Is There a Need for New Sources of International Law?", en Craven, Matthew *et al.* (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 119.

y que expresan principios de derecho, establecidos con el fin de regular las relaciones entre estas comunidades independientes y coexistentes o con miras a lograr sus objetivos comunes.²⁶⁰

Puede desprenderse de esta resolución que los Estados tendrían el monopolio de las fuentes del derecho internacional, cuestión que se confirmó sesenta años después por la Corte Internacional de Justicia: En derecho internacional no existen otras reglas más que las que son aceptadas por el Estado afectado, por tratado o de otra manera, por lo que el nivel de armamentos de un Estado puede ser limitado, y este principio es válido para todos los Estados sin ninguna excepción.²⁶¹

Además del monopolio en las fuentes, el máximo tribunal internacional, la CIJ, solamente puede conocer de asuntos que le han sido sometido por las partes, previo consentimiento. La propia CIJ ha declarado la existencia de “un principio de derecho internacional bien establecido e incorporado en el Estatuto, a saber, que la Corte no puede ejercer su jurisdicción con respecto de un Estado si no es con el consentimiento de éste último”.²⁶²

Lo anterior representa el trazado del derecho internacional tradicional y, sin duda, habrá diferentes enfoques doctrinarios sobre el propio concepto,²⁶³ sin embargo, dejemos por el momento

²⁶⁰ *Case of the S.S. “Lotus”*, 1927 P. C. I. J., ser. A., núm. 10, at 18: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these coexisting independent communities or with a view to the achievement of common aims”.

²⁶¹ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. U.S.)*, *Merits*, 1986, ICJ Rep. 14, 135, párr. 269 (June 27): “In international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the State concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign State can be limited, and this principle is valid for all States without exception”.

²⁶² *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy vs. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, ICJ Reports, 1954, p. 32.

²⁶³ Con el mismo carácter interestatal puede citarse: “El derecho internacional consiste en un conjunto de normas que rigen las relaciones entre los

esta visión para poder continuar con la pregunta: ¿es suficiente la estructura del derecho internacional moderno para incorporar las nuevas áreas de regulación o enfrentar los retos que la tecnología y el desarrollo humano traen aparejados? Pareciera, hasta este punto, conveniente comenzar con lo que Jenk denomina el “derecho común de la Humanidad” (*common law of mankind*), sobre el cual escribió lo siguiente:

El derecho internacional ya no puede ser definido o descrito adecuada o razonablemente como el derecho que gobierna las relaciones mutuas entre los Estados, aunque esa definición básica está acompañada de calificaciones y excepciones diseñadas a permitir excepciones modernas que permiten desarrollos modernos; ésto representa el derecho común de la Humanidad en una etapa en ciernes, de lo cual el derecho que gobierna las relaciones entre Estados es una, solamente una, gran división.²⁶⁴

Jenks, sin duda, tuvo una excelente visión anticipatoria, de llegar a producirse algo semejante, un derecho de mayores alcances, un derecho universal, constituido en la base de los Estados, pero “descargando cada vez más sus funciones co-

Estados.”, Hackworth, *Digest-of International Law*, vol. 1, Washington, D. C., U.S. Government Printing Office, p. 3, 1940(8), “Derecho Internacional es el nombre dado a un conjunto de reglas consuetudinarias o convenidas en tratados considerados con fuerza jurídica obligatoria por todos los Estados en sus relaciones mutuas”. Oppenheim-Lauterpacht, *Tratado de derecho internacional Público*, Barcelona, 1961, p. 4; “El derecho internacional es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en sus conflictos y cooperación, que expresan el deseo de sus clases gobernantes y están protegidas por la coactividad llevada a cabo por los Estados en forma individual o colectiva”.

²⁶⁴ Jenks, C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*. New York, Praeger, 1958, p. 58. En el original de Jenks: “International law can no longer be adequately or reasonably defined or described as the law governing the mutual relations of States, even if such a basic definition is accompanied by qualifications or exceptions designed to allow for modern exceptions designed to allow for modern developments; it represents the common law of mankind in an early stage of development, of which the law governing the relations between States is one, but only one, major division”.

munas a través de instituciones internacionales y regionales complejas”.²⁶⁵

¿Acaso no recuerda la aseveración de Jenks a la noción de *justitiae universalis* que pensó Wolff doscientos años antes? Volvemos a suscribir la máxima del filósofo: *Et justitiae universalis convenit, ut actiones nostras etiam referamus ad utilitatem posterorum*: conviene a la justicia universal que se refiera a las acciones y a la utilidad de los hombres venideros.

El derecho, visto en términos generales, se adapta para enfrentar los nuevos retos que el avance tecnológico le presenta. Particularmente, el derecho internacional ha evolucionado y continuará adaptándose, no solo en vista de los sujetos que controla, sino en sus propios cimientos más profundos. A este fenómeno Wolfgang Friedmann llamaría la “estructura cambiante del derecho internacional”.²⁶⁶

Se ha señalado que para Phillippe Sands, en coincidencia con lo que se ha expresado, los temas ambientales presentan un nuevo reto para el derecho internacional. No solo en cuanto a la norma en sí misma, Sands llama la atención sobre las instituciones y los sujetos. Bajo este esquema es necesario un reacomodamiento de las mismas instituciones legislativas, administrativas y judiciales del derecho internacional y una participación más amplia de sujetos y participantes en los procesos internacionales.²⁶⁷

Hazel Fox, señala que el derecho internacional se ha transformado de un modelo consensual horizontal a un modelo de

²⁶⁵ “Discharging its community functions increasingly through a complex of international and regional institutions”. *Ibidem*, p. 58.

²⁶⁶ Con una notable anticipación, Friedmann construiría una visión prospectiva de nuestra ciencia en su muy citada obra: Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1964. En español existe la traducción de la obra, aunque en algunos momentos la traducción es desafortunada, lo cual se puede observar desde el título: Friedmann Wolfgang, “La nueva estructura del derecho internacional”, México, Trillas, 1969.

²⁶⁷ Sands, Phillippe, *Principles of International Environmental Law*, *op. cit.*, nota 166, pp. 12 y 13.

jerarquía normativa relativa dando efecto a una comunidad más amplia que la interestatal tradicional. Como consecuencia de aquello, las fuentes tradicionales, tratados, costumbres y principios generales del derecho, basados solamente en la práctica de los Estados, resulta insuficiente para dar soporte a este nuevo derecho y su progresiva ejecutabilidad.²⁶⁸

Por su parte, Jessup va mucho más a raíz, con la prevención de no haber logrado un Estado mundial, el juez estadounidense observaba que el uso del término derecho internacional puede resultar problemático al poderse inducir a interpretarlo erróneamente como que únicamente interesan las relaciones de una nación (o Estado) con otras naciones (o Estados). En vista de lo señalado, el juez internacional proponía la utilización del término “derecho transnacional”, que dicho sea de paso no ha sido tan afortunada su recepción, vocablo que se referiría “a la legislación que regula las acciones o acontecimientos que trascienden más allá de las fronteras nacionales, normas que comprenden tanto los derechos internacionales —público y el privado— como otros preceptos que no encajan exactamente dentro de tales patrones”.²⁶⁹

Ahora bien, un nuevo enfoque del derecho internacional parece haberse situado en por lo menos un caso de jurisprudencia. Al respecto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia señaló

Una aproximación orientada a la soberanía del Estado ha sido gradualmente sustituida por una aproximación orientada al ser humano. Gradualmente, la máxima del derecho romano *hominum causa omne jus consitutum* (todo el derecho es creado para el beneficio del hombre) se ha afianzado también en la comunidad internacio-

²⁶⁸ Fox, Hazel, “Time, History, and Sources of Law Peremptory Norms: Is There a Need for New Sources of International Law?”, en Craven, Matthew *et al.* (eds.), *Time, History and International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 119.

²⁶⁹ Jessup C., Phillips, *Derecho transnacional, op. cit.*, nota 258, p. 10.

nal. De lo anterior se desprende que en el área de conflictos armados la distinción entre guerras interestatales y guerras civiles está perdiendo su valor por lo que concierne a los seres humanos... Si el derecho internacional, conservando, por supuesto, el resguardo de los intereses legítimos de los Estados, debe gradualmente virar hacia la protección de los seres humanos, será natural que la mencionada dicotomía vaya perdiendo su peso.²⁷⁰

Un razonamiento similar puede encontrarse en la Opinión Conjunta de los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el *Arrest Warrant Case (República Democrática del Congo vs. Bélgica)*, en la que se habla de que las tendencias actuales reflejan un balance de dos intereses: por un lado el interés de la comunidad de la Humanidad, para prevenir y detener la impunidad de perpetradores de crímenes graves contra sus propios miembros y, por otro lado, el interés de la comunidad de Estados para permitir la actuación libre en el nivel interestatal sin interferencias injustificadas.²⁷¹

La reflexión de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal contienen un ingrediente que rompe con la idea de un derecho internacional exclusivamente interestatal, en ella se hace referencia a la necesidad de ponderar el interés de una comunidad de la Humanidad, sociedad distinta a la organización interestatal y necesariamente más amplia. Además de ello, en la opinión puede

²⁷⁰ *Prosecutor v. Tadic*, Case núm. IT-94-1, Appeals Chamber, Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para 97. En el idioma de la resolución: “A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value so far as human beings are concerned... If international law, while of course safeguarding the legitimate interests of States, must gradually turn to the protection of human beings, it is only natural that the aforementioned dichotomy should gradually lose its weight”.

²⁷¹ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), ICJ Rep (2002), 3. párr. 75, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal.

encontrarse un contraste de los intereses que podrían perseguir una y otra.

Habrà de señalarse que en la misma opinión se menciona que ambas concepciones (comunidad de la Humanidad y comunidad interestatal) se encuentran en constante evolución²⁷², lo que puede recordar que el derecho internacional está sujeto a reacomodos, no solo por lo que trata de su contenido, sino por lo que toca a su propia estructura.

Esta reflexión no resuelve del todo el problema, ya que sí existen reglas impregnadas de un “interés por la comunidad de la Humanidad”, hoy por hoy, ellas son emanadas, en el terreno formal, de la comunidad interestatal. Lo anterior lleva a la siguiente reflexión: las fuentes de creación de un derecho con aspiraciones a cubrir los intereses del género humano son insuficientes si se limitan a las fuentes destinadas a servir a la comunidad interestatal. Ello, sin menospreciar la aportación de la ciencia jurídica internacional que proviene de los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, por supuesto. Ámbitos que pueden escapar por momentos del reclamo monopolístico interestatal.

En otras latitudes, siguiendo con los apuntes jurisprudenciales, vale la pena retomar el razonamiento del juez Cançado Trindade quien señalaba:

El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *jus cogens*),²⁷³ por persistir este capítu-

²⁷² *Idem*.

²⁷³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículos 53 y 64; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, artículos 53 y 64. Otra ilustración en este sentido reside en la cláusula de salvaguardia en defensa del ser humano que representa lo dispuesto en el artículo 60.5 de las dos Convenciones de Viena (en cuanto a la terminación de un tratado o a la suspensión de su aplicación).

lo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento.²⁷⁴

Lo hasta aquí señalado, es propiamente un preámbulo a una teoría más amplia y que rebasa el propósito de la presente disertación: el planteamiento de una teoría de un derecho del género humano, de un derecho (verdaderamente) universal. A pesar de esta limitación temática, es indispensable señalar los aportes, por lo menos a la teoría del derecho internacional de autores como Philip Allot, quien en un esfuerzo de abstracción a las reglas presentes, proyecta una nueva teoría, un derecho basado en la Humanidad como la sociedad más amplia compuesta por sociedades intermedias (entre ellas de la familia hasta el Estado) y los individuos.²⁷⁵

La abstracción de Allot se funda en la premisa de una sociedad internacional patológica, una historia extraña, por no decir trágica. Allot la concibe: “Tentada en un tiempo a concebirse a sí misma como una sociedad internacional, tomo el camino de considerarse como un Estado externalizado, no democrático y no socializado”.²⁷⁶

Ante la realidad, Allot propone como tarea para la Humanidad tomar posesión de la sociedad internacional, reconcebirse de esta manera, como una sociedad para formar un derecho verdaderamente humano. A través de este proceso, el derecho de la sociedad internacional abarcaría el derecho de las sociedades subordinadas, incluida la sociedad interestatal.

La organización de esta sociedad se formaría de una estructural, de una constitución para concebirse como un sistema.

²⁷⁴ Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C, núm. 36. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1o. de octubre de 1999, Caso Blake, apartado 14.

²⁷⁵ Allott, Philip, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 117-119.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 243.

Añadiría Allot que “[a] través del proceso de creación del derecho internacional bajo una constitución mundial, la sociedad internacional crearía las relaciones por medio de las cuales podría constantemente legar el futuro a la raza humana desde su siempre presente pasado”.²⁷⁷

Bajo los supuestos, Allot asume que la “sociedad de sociedades”, la Humanidad, encontraría el camino para escoger su propio bienestar futuro. Por necesidad y conciencia de la amenaza de su supervivencia y prosperidad, con la posibilidad de redimirse a través de su propia superación, la Humanidad podría construir, en la praxis de la llamada por Allot teoría del idealismo social, un nuevo derecho de la sociedad internacional.²⁷⁸

Sin duda es problemático introducir en el derecho internacional tradicional el ideario de un sistema de justicia internacional, aunque la tarea es encomiable.

En principio, como se ha señalado, el propio término derecho internacional resulta problemático y no alcanza a integrar las cuestiones propiamente ajenas a la temática interestatal, incluidas las intergeneracionales. Resulta en este punto interesante la propuesta de un derecho del género humano, derecho común de la Humanidad o el simple término de justicia universal. Sin embargo, no resulta imprescindible un cambio en la nomenclatura para variar el contenido y, como veremos en el próximo capítulo, existen temáticas ajenas a lo interestatal, incluidas las intergeneracionales, que ocupan verdaderos continentes en el mundo del derecho internacional.

Además de la nomenclatura y el contenido, se considera que puede ser superado para introducir normativa intergeneracional, no sin pocas dificultades, toca ahora discurrir sobre los actores creadores de la sustancia de la norma. Pues bien, la responsabilidad intergeneracional puede recaer en un individuo y en el agrupamiento que totalice la suma de todos los grupos. Desde esa óptica, la creación de normas que regulen las relaciones en-

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 255.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 410 y 411.

tre generaciones puede provenir de cualquiera que tenga poder legislativo o un poder moral. Por tanto, no resulta extraño que desde el propio Estado se elaboren principios o normas de protección a las futuras generaciones, incluidas las constitucionales de las cuales Peter Häberle nos da un recuento de ellas, entre las cuales menciona los casos de Albania, Estonia, Georgia, Moldavia, Polonia, y Ucrania, entre otras.²⁷⁹

A pesar de lo anterior, debe considerarse que, si las normas intergeneracionales tienen una naturaleza universal, la fuente creadora debe tener, por lo menos, la aspiración de ser universal. Es decir, si la norma intergeneracional impone a la generación presente como sociedad y a cada uno de sus miembros, para tener legitimidad debe provenir de, por lo menos, la autoridad creadora de normas más amplia, que, hasta el momento, no es otra más que la comunidad internacional en la cual los Estados son los actores con poderes más amplios. Si bien es cierto que sería deseable que en el concierto legislativo la Humanidad estuviera mejor representada, por lo menos en el plano formal, los Estados, además de sus propios intereses como organización, llevan a cabo la representación de sus propias poblaciones, por lo que los instrumentos que veremos en el próximo capítulo deben considerarse legítimos en un sentido formal.

La incursión temática del derecho internacional en áreas distintas a las interestatales, la transformación de los objetos en sujetos como es el caso de los individuos en el derecho humanitario y el de los derechos humanos, el acercamiento a la subjetividad de la propia Humanidad y de las futuras generaciones constituyen un cambio gradual, pero revolucionario, dentro del derecho internacional, un acercamiento a la aspiración de una justicia universal.

Para fines de esta disertación se puede estudiar el fenómeno normativo intergeneracional tal cual es, dentro del derecho internacional como existe. A ello dedicaremos el siguiente capítulo.

²⁷⁹ Häberle, Peter, "A Constitutional Law for Future Generations-the 'Other' Form of the Social Contract: The Generation Contract", en Tremmel, Joerg (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

IV. REFLEXIONES FINALES

Las normas intergeneracionales se distinguen por su orientación al beneficio de las futuras generaciones mediante la protección de la propia naturaleza, en la que prima la propia Humanidad, seguida por los bienes culturales de valor universal.

La teoría de la justicia intergeneracional o las normas que se derivan de ella no pueden encuadrarse dentro de un régimen especializado, se cree que son irreductibles y, por el contrario, tienen aspiraciones de justicia universal, tal como lo expresaba Wolff.

La justicia intergeneracional puede develarse dentro de la estructura del derecho internacional como un principio. El reconocimiento de este principio tendría como consecuencia una nueva visión del fenómeno jurídico: su creación, aplicación e interpretación en los casos que tienen una trascendencia real en el tiempo supondrían la previsión de los intereses intergeneracionales.

De reconocerse como principio puede entenderse que existen dos consecuencias en el terreno legal: *i*) sería sustento para la creación de reglas concretas, y *ii*) constituiría una herramienta para la aplicación de ciertas normas en la revisión y solución de situaciones concretas.

Particularmente, en opiniones individuales de la Corte Internacional de Justicia se ha reconocido la relevancia del principio de justicia o equidad intergeneracional. Efectivamente, jueces como Weeramantry y Cançado han dedicado esfuerzos para su identificación o reconocimiento, además de la participación de la doctrina en su propio desarrollo.

La justicia intergeneracional, como potencial principio del derecho internacional se traduce entonces en reglas concretas y es contenido en partes específicas de la estructura del moderno derecho de gentes.

Particularmente puede encontrarse un halo intergeneracional en el derecho ambiental internacional e inclusive en las normas *ius cogens* según algunos autores, no sin encontrar voces dubitativas. Efectivamente, aquello que corresponde a una preocupación por la Humanidad debe ser elevado hasta la más

alta estructura de protección. Se cree que puede utilizarse un razonamiento similar por lo que se refiere a ejemplos comúnmente utilizados para las normas imperativas como la prohibición del genocidio, el derecho a la vida, etcétera.

La distinción de una norma como imperativa es trascendental, aunque debe advertirse que la Comisión de derecho internacional prefirió darle el carácter jerárquico a las normas *ius cogens* por la substancia o fondo de las mismas y no por el aspecto formal o estructural. Esta posición tiene como consecuencia que el principio de armonización sea utilizado en el caso de encuentro o colisión entre normas y, aunque le resta “fundamentalidad” al *ius cogens*, existe una cierta preeminencia ante otro tipo de normas.

Por el propio carácter universal del principio de justicia intergeneracional, el interés por su aplicación debe ser de la misma naturaleza. Es decir que debe interesar, inclusive en términos legales, a todos. Edith Brown Weiss propone que los derechos y obligaciones planetarios, fundamento de su propuesta de justicia intergeneracional, sean considerados obligaciones *erga omnes*. Brown Weiss, igualmente, estima pertinente que los Estados gocen de legitimación para presentar reclamos en nombre de las futuras generaciones, tomando en cuenta que existe una *opinio iuris* sobre una posible obligación de los Estados ante la comunidad internacional de proteger el ambiente en términos generales.

Las disposiciones referidas a cuestiones intergeneracionales deben ser obligaciones *erga omnes*. Es importante esta distinción, tomando en cuenta que la CDI explicó que en caso de colisión entre normas imperativas, obligaciones *erga omnes* y las derivadas del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con otra norma del derecho internacional, la norma que pudiera ser contradictoria deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera. De no ser posible una interpretación armónica, prevalecerá la norma superior (en este caso, la pretendida disposición intergeneracional).

El fenómeno intergeneracional se ha conducido en distintas avenidas para su materialización; entre ellas, se ha podido vis-

lumbrar como principio, en el *soft law*. En el sistema del derecho internacional no es la vía más aconsejable en términos de aplicación estricta; sin embargo, la utilización del *soft law* ha sido práctica por la posibilidad de dar vida a una norma verdaderamente vinculante (*hard law*) por la práctica de los Estados que pueda convertirse en norma consuetudinaria e, incluso en algunos casos, la norma *soft law* podría reflejar o codificar el contenido de lo que ya es una norma derivada de la costumbre. No siempre es el caso y, debe tenerse en cuenta que el *soft law* se refiere a aquellos instrumentos que pueden dar pie a efectos legales, pero que no (o tal vez todavía no) equivalen a un verdadero derecho.

Después de un análisis sobre la inserción o posible inserción del principio de justicia intergeneracional, resulta interesante reflexionar sobre las consecuencias que tendría este fenómeno en el propio derecho internacional. Debe observarse que la noción de comunidad internacional y/o Humanidad es un concepto cambiante e inacabado; ampliarlo en la línea del tiempo es una labor que, en términos legales, constituye un reto intelectual complejo.

La noción de soberanía, fundamento del propio Estado, manifiesta en sí misma un reto para la justicia intergeneracional pues se trata de un concepto restringido *vis-à-vis* a una idea universal.

La soberanía permanecerá, no se trata de ser utópico, esta es un elemento necesario en la conformación mundial como se vive en días actuales. Sin embargo, existen preocupaciones que propiamente pertenecen a toda el orbe, una idea de soberanía a ultranza y malentendida, resulta incompatible para los fines humanos universales. Lo que se quiere resaltar es que existen elementos que cuestionan la idea de una soberanía absoluta y el empleo de ellos redundaría en un beneficio para el elemento humano del Estado, como podría ejemplificarse con el innegable beneficio de la incorporación de las normas internacionales referidas a los derechos humanos dentro de la capa soberana de los Estados. La penetración de las normas intergeneracionales en las capas de soberanía también, sin duda, benefician al elemento humano del Estado, extendida la línea del tiempo.