



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Memoria realizada en el marco del Centro de la Ciencia del Clima y la
Resiliencia (CR2) FONDAP N° 15110009

**ANÁLISIS DE LA EQUIDAD EN LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES
UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO.**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista:

GABRIEL EDUARDO ARAYA AHUMADA

Profesor Guía:

PILAR MORAGA SARIEGO

Santiago, Chile

2014



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Memoria realizada en el marco del Centro de la Ciencia del Clima y la
Resiliencia (CR2) FONDAP N° 15110009

**ANÁLISIS DE LA EQUIDAD EN LA CONVENCIÓN MARCO DE LAS NACIONES
UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO.**

Memorista:

GABRIEL EDUARDO ARAYA AHUMADA

Profesor Guía:

PILAR MORAGA SARIEGO

CALIFICACIONES

Santiago, Chile

2014

A mi familia.

AGRADECIMIENTOS

A todos los miembros del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por acogerme y confiar en mí. Muy especialmente a quien dirige esta memoria, Pilar Moraga ya que además de dirigirla académicamente, me llenó de sabios consejos, ánimo e incentivos para llevarla a su fin. En ese sentido también es necesario agradecer al Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2) FONDAP N° 15110009 que permitió financiar este trabajo.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar las diferentes interpretaciones de la equidad, en el contexto del régimen jurídico establecido a través de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

El primer capítulo examina las principales líneas interpretativas del concepto, esto es como principio equidad internacional o bien como equidad intergeneracional. En dicha labor se exhiben las complejidades e incongruencias de una concepción de la equidad como un principio ya sea de derecho internacional público o derecho internacional ambiental.

El segundo capítulo explora las posibilidades que ofrece una interpretación que combine la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades, en un enfoque holístico del artículo 3.1 de la Convención en el cual ambas se contienen. A este propósito contribuye el análisis de la equidad en materia internacional realizada por Thomas Franck.

La conclusión de esta investigación es que la equidad en materia de cambio climático no es un principio del modo que estos generalmente son concebidos en el derecho internacional ya sea público o ambiental, sino un elemento fundacional del régimen de cambio climático que es materializado a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Como consecuencia de lo anterior, se sugiere la revisión de los Anexos que concretan el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	3
I.- Cuestiones de Eficacia y Legitimidad en las propuestas del ADP.	6
II.- La Equidad y los Principios contenidos en la CMNUCC.....	8
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DE LA EQUIDAD DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL.	13
1.1.- Antecedentes de la equidad en Derecho Internacional.	16
1.2.- Concepto de equidad tradicional o clásico en Derecho Internacional.	27
1.3.- Concepto de equidad intergeneracional en Derecho Internacional.	43
I.- Noción de futuras generaciones.	46
II.- Noción de Patrimonio Común de la Humanidad.	48
1.4.- Estándares que se deducen de la equidad intergeneracional.	57
CAPÍTULO II: SIGNIFICADO DE LA EQUIDAD DEL ARTÍCULO 3.1 DE LA CMNUCC DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA EQUIDAD TRADICIONAL E INTERGENERACIONAL.	64
2.1.- Implicancias de la equidad tradicionalmente tratada en la interpretación de equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC.....	64
2.2.- Implicancias de la equidad intergeneracional en la interpretación de la equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC.....	77
2.3.- Historia del artículo 3.1 de la CMNUCC.	80
2.3.1.- Los trabajos preparatorios de la Convención Marco.....	82
2.3.2.- Primer periodo de sesiones.	84
2.3.3.- Segundo periodo de sesiones.	86
2.3.4.- Tercer periodo de sesiones.....	88
2.3.5.- Cuarto periodo de sesiones.	92
2.3.6.- Quinto período de sesiones.....	95
2.3.6.- Cuadro Resumen. Trabajos preparatorios de la CMNUCC.	96
2.4.- Relación entre la equidad y los principios que rigen la Convención.	100
CAPÍTULO III: NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA EQUIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE EL RÉGIMEN DE CAMBIO CLIMÁTICO.	104

3.1.- Aportes de Thomas Franck para una lectura de la equidad en el contexto del Derecho Internacional.	106
3.2.-Equidad como articulación entre legitimidad de las normas y justicia distributiva y su relación con el régimen de Cambio Climático.	113
3.3.- El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas como aplicación de la equidad.	129
3.4.- Antecedentes del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas en el Derecho Internacional Ambiental.....	131
3.5.- El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades en la CMNUCC.	139
3.6.- Significado de la diferenciación y su relevancia en la interpretación del contexto dentro de la CMNUCC.....	146
CONCLUSIONES GENERALES.....	156
BIBLIOGRAFÍA.....	164

INTRODUCCIÓN.

La Conferencia de las Partes (COP), es la reunión anual de los Estados suscriptores de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), en la cual se discuten la manera de concretar los objetivos que dicho instrumento internacional establece y toda otra cuestión asociada a ello.

En la COP de Durban, celebrada a finales del año 2011 las Partes, es decir, los Estados suscriptores de la CMNUCC, acordaron instituir un proceso de negociación unificado al cual se le mandató “iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal en el marco de la Convención que sea aplicable a todas las Partes”¹.

Dicho proceso está a cargo de un Órgano Subsidiario de la Convención, creado especialmente para dicho efecto, denominado "Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada" Bajo este paraguas debían reunirse los avances logrados por los dos procesos de negociación que hasta aquel entonces se venían llevando a cabo y cuyo objetivo era precisamente avanzar en la negociación de un nuevo instrumento llamado a sustituir al Protocolo de Kioto (PK)².

Asimismo, en Durban se acordó prorrogar la vigencia del Protocolo de Kioto hasta el año 2020, fecha en la cual debería comenzar a regir el instrumento resultante del ADP y aprobado por la COP. Es importante señalar que este proceso de negociación debía ser el “responsable de elevar la ambición en todos los ámbitos del cambio climático”³, es decir, el nuevo instrumento debería contener obligaciones más progresistas que aquellas que existen en la actualidad.

¹ Decisión 1/CP. 17, párrafo 2° (FCCC/CP/2011/9/Add.1).

² ARÍSTEGUI, Juan Pablo. Nuevos aspectos legales en el régimen del cambio climático: La plataforma de Durban. Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental visión ambiente global: Presente y Futuro. 2012. Pp. 42.

³ *Ibíd.*

Este es un objetivo particularmente complejo en atención a algunos hechos puntuales que comenzaron a socavar las posibilidades de éxito del proceso, tales como la no participación en la prórroga el Protocolo hasta 2020 por parte de Canadá, Japón y la Federación de Rusia⁴, países cuya emisiones son muy significativas y la declaración de la Unión Europea de dejar de adquirir certificados de reducción de emisiones en el marco del mecanismo de desarrollo limpio provenientes de países en desarrollo, restringiéndolos por tanto solamente a los países menos desarrollados⁵, en circunstancias que el mayor auge de este sistema se encontraba en países en desarrollo, entre ellos Chile.

Para complejizar aún más el panorama, el tiempo corre en contra aumentando la relativa urgencia del resultado de la Plataforma de Durban pues, como se sabe, tal documento debe quedar listo a más tardar para el año 2015, para ser discutido en la COP a celebrarse en París.

En este escenario las posibilidades que puede barajar el ADP para el nuevo instrumento son las siguientes:

- A) Un Protocolo jurídicamente vinculante destinado a reemplazar el Protocolo de Kioto,
- B) Otro instrumento jurídico, posiblemente una enmienda a la Convención, a sus Anexos, o un nuevo Anexo propiamente tal; o bien
- C) Un resultado acordado con fuerza jurídica.⁶

La opción por un nuevo Protocolo parece ser la más adecuada, ya que mediante esta categoría de instrumentos jurídicos se operativizan las Convenciones. No obstante lo anterior, esta solución también presenta algunas desventajas: en primer lugar tenemos la complejidad de arribar a un resultado exitoso -en relación a la brevedad del plazo impuesto al ADP para la conclusión de su cometido. En segundo lugar, la sustitución del Protocolo de Kioto por un nuevo Protocolo podría generar un clima de incertidumbre que en definitiva dificulte el proceso negociador en tanto exista la

⁴ En anexo I de la CMP.7 EN: FCCC/KP/CMP/2011/10/Add.1

⁵ HONTY, Gerardo. La muerte del mecanismo de desarrollo limpio [En línea] <<http://www.intercambioclimatico.com/2013/04/29/la-muerte-del-mecanismo-de-desarrollo-limpio/>> [Consulta: 02 de Febrero de 2014].

⁶ Véase: ARÍSTEGUI, Juan Pablo, op. cit., p. 45.

posibilidad de terminar con los mecanismos que el PK contempla. Por ejemplo Chile, en su calidad de país en desarrollo, ha participado como receptor de inversión a partir del Mecanismo de Desarrollo Limpio⁷ por lo que tendrá menores incentivos para modificar los mecanismos del PK.

La segunda opción, es decir el desarrollo de otra alternativa como una enmienda a la Convención, o a sus Anexos, o un nuevo Anexo propiamente tal parece ser la fórmula más difícil en atención al tiempo y a los quórums necesarios para modificar dichos instrumentos.

Finalmente, un resultado acordado con fuerza jurídica (C) es una expresión confusa, ajena al lenguaje del régimen de cambio climático y del derecho internacional en general, por lo cual la doctrina ha intentado esclarecer su significado. Arístegui señala que las opciones en relación a esta alternativa podrían ser por un lado una declaración de las Partes semejante a los Acuerdos de Marrakech del año 2001⁸, sin embargo, el alcance jurídico de una solución de esta índole podría generar incertidumbre, toda vez que la naturaleza jurídica de las declaraciones de las Conferencia de las Partes es una cuestión controvertida, a lo cual debe agregarse los problemas de procedimiento en cuanto a la forma en que las partes adoptan las decisiones⁹.

Otra alternativa dentro de este “resultado acordado con fuerza jurídica” “sería ofrecer a las Partes considerar la posibilidad que se lleven a cabo declaraciones unilaterales vinculantes” y “de esta manera, los pledges o compromisos hechos por varios países en 2009 (...) podrían facilitar el cumplimiento del acuerdo toda vez que cada parte establecería sus propias exigencias”¹⁰. Sin embargo, el mismo autor advierte, que una opción de este tipo podría terminar componiendo un mosaico tan amplio de compromisos u obligaciones que terminara por desvirtuar el rol de la Convención como conductora de las acciones a nivel global en la materia.

⁷ VILLARROEL, Solange. Mecanismo de Desarrollo Limpio en Chile: Diagnóstico y perspectivas. EN: MORAGA Pilar. El Nuevo Marco Legal para el Cambio Climático. Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM. 2009. Pp. 129-172.

⁸ FCCC/CP/2001/13/Add.1

⁹ Véase: ARÍSTEGUI, Juan Pablo, op. cit., p.50.

¹⁰ Véase: ARÍSTEGUI, Juan Pablo, op. cit., p.51.

En este panorama en noviembre del año 2013 tuvo lugar la 19° Conferencia de las Partes (COP), en Varsovia, Polonia y por supuesto dentro de las actividades programadas se encontraba la revisión por parte del Órgano Supremo de la CMNUCC del Informe del Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada (ADP). La comunidad internacional cifraba sus esperanzas en que en dicha oportunidad se obtuvieran mejores resultados que aquellos logrado durante la reunión anterior, celebrada en Doha, a finales de 2012. Sin embargo Varsovia ni Doha fueron ocasiones exitosas para una de las muchas actividades que esta cita suponía.

I.- Cuestiones de Eficacia y Legitimidad en las propuestas del ADP.

Al margen de estas consideraciones de orden pragmático, asociadas a la conveniencia de la elección en relación a los tiempos y plazos que el proceso de negociación tiene por delante, la elección de la solución post Kioto debe satisfacer los requerimientos de orden jurídico político; es decir, debe traducirse en un documento eficaz y legítimo.

En cuanto a la eficacia, es importante analizar de forma previa cuál de estas opciones posee mayor aptitud para cumplir el objetivo último de la Convención, expresado en el artículo 2°, esto es, “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”.

En efecto, frente al escaso éxito de reducción de emisiones -desde la entrada en vigencia de la Convención hasta el presente- parece lejana la posibilidad de arribar a resultados efectivos que logren mover a los Estados desde la inercia hacia objetivos más ambiciosos si el procedimiento está basado en la misma lógica que hasta ahora se ha abrazado.

No obstante lo anterior, el nuevo instrumento que se busca elaborar tampoco puede subvertir o escapar de los márgenes establecidos por la Convención. En este sentido cabe destacar que el propio mandato señala que el resultado debe ser “en el marco de

la Convención”, frase que inmediatamente denota los horizontes que puede alcanzar la solución.

Por tanto, es posible afirmar que este proceso de reforma es de carácter revisionista más que revolucionario, en la medida que, persigue identificar y superar aquellos obstaculizadores de hecho y de derecho que han contribuido a la inercia en materia de reducción; y a la vez rescatar y fomentar aquellas instituciones y prácticas que permitan fortalecer la gobernanza del cambio climático.

La legitimidad en tanto, es una cuestión más compleja en la que confluyen no sólo cuestiones de validez de la norma (es decir aquellos asociados a la satisfacción de los requisitos formales y materiales en su producción), sino también respecto de la apreciación subjetiva del destinatario de la norma en cuanto a su obligatoriedad. De ello, se torna relevante determinar la incidencia de cada una de las posibles soluciones en la percepción de obligatoriedad de los compromisos que se adquieran hacia el futuro.

Debido a esto, es preciso distinguir entre la necesidad de un resultado, y la necesidad que dicho resultado sea considerado legítimo (y por lo tanto digno de cumplimiento) por las Partes, de manera tal que sean privilegiados aquellos que satisfagan también este último requisito. Por dar un ejemplo, existe claridad entre las normas que prescriben el modo de enmendar la Convención, sus Anexos¹¹ o el Protocolo¹², con lo cual el proceso de establecimiento de futuras normas es transparente y predecible por las Partes. Ello no sucede respecto de los acuerdos de la Conferencia de las Partes que no son decisiones¹³. En consecuencia, bajo el test de legitimidad esta última opción debiese ser descartada en favor de alguna de las primeras.

Por otro lado, es posible sostener que existe una relación intrínseca entre eficacia y legitimidad, la cual es especialmente sensible en este ámbito en particular. En efecto, la ausencia de toda coercitividad dentro del régimen de cambio climático impide

¹¹ Artículos 15 a 18 de la CMNUCC.

¹² Artículos 20 a 21 del Protocolo de Kioto.

¹³ Arístegui sostiene esto en virtud de la aplicación del artículo 42 de las reglas de procedimientos contenidas en la 2° Conferencia de las Partes de 1996. (FCCC/CP/1996/2)

imponer sanciones, por lo cual el cumplimiento, en último término, queda a la buena voluntad de las partes involucradas; y como se revisará, la percepción de justicia no sólo depende de las normas producidas, sino también de los procesos asociados a su creación.

Ligado a lo anterior y como parte de las dificultades que el cambio climático plantea uno de los mayores desafíos, es que la adopción de los compromisos están determinados no solo por la buena voluntad de las Partes, sino también por otros factores, principalmente de carácter económico, ligados al desarrollo de las naciones.

Existe la percepción al interior de los países que las restricciones en emisión se pueden traducir en menores niveles de crecimiento y desarrollo, por lo que la adopción de compromisos resulta una decisión políticamente costosa a nivel interno para los gobiernos de cada país. Esto incide en que dichos compromisos bien pueden ser demasiado ambiciosos y en la práctica de muy difícil cumplimiento (como parece ser el corolario del Protocolo de Kioto), o bien, demasiado modestos y con ello terminar desvirtuando el objetivo último de la Convención. Sin embargo, en cualquier caso, la legitimidad resulta fundamental al momento de justificar argumentativamente las respuestas estatales.

II.- La Equidad y los Principios contenidos en la CMNUCC.

Ahora bien, el requerimiento de continuidad del régimen implica que la solución post Kioto debe reflejar los principios que inspiran y rigen la interpretación de la Convención; requerimiento que además es expresado en la 2° Decisión de la COP 18 al señalar “que la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada se guiará por los principios de la Convención”¹⁴, es decir, tanto la labor desplegada por el ADP como el resultado que se espera debe estar moldeado bajo los mismos principios que inspiran a la Convención y que están contenidos principalmente en el artículo 3° del mismo cuerpo legal.

¹⁴ Decisión 2/CP.18. FCCC/CP/2012/8/Add.1

Es de notar que los diferentes principios contenidos en la Convención han seguido un derrotero o evolución propia, de manera tal que algunos de ellos han ido ganando preeminencia, mientras que otros han ido quedando relegados a un segundo plano. Ejemplo de lo anterior es la tendencia observada por algunos autores, de contracción del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades (CBDR&RC, por sus siglas en inglés), en la propia decisión de Durban¹⁵ y una correlativa expansión de la equidad¹⁶.

Este fenómeno, de carácter netamente político, pero con probables consecuencias jurídicas, se relaciona con la suspicacia que actualmente despierta el CBDR&RC por las diversas interpretaciones que ofrece¹⁷, y sugiere que hacia el futuro pueda ir perdiendo relevancia frente a otros principios que inspiran la Convención.

Sin embargo, algunas cuestiones surgen respecto a este auge de la equidad al interior del régimen de cambio climático. En primer lugar, pese a ser ampliamente invocada dentro de las negociaciones, la equidad en términos jurídicos posee una base un tanto endeble, con igual o mayor discusión que la que genera el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades.

En segundo lugar se advierte una tendencia permanente a concebir a la equidad como un principio, jurídico, ya sea extrapolando la connotación que posee en derecho internacional público, ya sea porque la mención a la equidad se encuentra de un título de la Convención denominado “principios”.

¹⁵ En palabras de Arístegui: “La omisión del CBDR&RC en la decisión que crea la Plataforma de Durban no tiene en verdad ninguna validez jurídica sino sólo política y, por lo tanto, los temas de equidad y justicia –de los cuales el CBDR&RC es una expresión concreta- estarán con seguridad sobre la mesa de negociaciones” ARÍSTEGUI, op. cit., p.43.

¹⁶ “Más ampliamente, fuera de las 18 otras decisiones adoptadas en Durban, solamente la Decisión 2/CP.17 cita el CBDR, el artículo 3° y los principios de la Convención, mientras que la Decisión 3/CP.17 solamente refiere a este último. E incluso, referencias a la equidad o a las circunstancias especiales y nacionales son más frecuentes en la Decisión 2/CP.17, que aquellas señaladas en la Decisión 1/CP.16.” En: DELEUIL, Thomas. The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties. Review of European Community and International Environmental Law. 21(3). 2012. P. 274. Traducción Propia.

¹⁷ Deleuil, al respecto enfatiza: “Dado que la fórmula del principio es demasiado general, enfrenta diferentes interpretaciones”. DELEUIL, Thomas, op cit. p.272

Además, llama la atención que, por regla general, el CBDR&RC y la equidad sean aristas que se tratan por separado, ello a pesar que ambos conceptos forman parte del mismo numeral dentro del artículo 3° de la Convención. Esta inquietud guarda relación con la ausencia de argumentos que sostengan y justifiquen el fraccionamiento e interpretación parcelada del artículo, en circunstancias que, en principio, no se advierten razones que alimenten esta postura.

Por estas razones llama la atención que, dentro de estos principios inspiradores, la equidad haya cobrado mayor protagonismo en el discurso del régimen, en desmedro incluso de otros principios tan importantes como el desarrollo sustentable.

En este trabajo se busca explorar los diferentes argumentos que podrían explicar el renovado auge de la equidad al interior del régimen de cambio climático. Con dicho objetivo en el primer capítulo se describirá el marco teórico de la equidad en el contexto del Derecho Internacional Público y su variante, la equidad intergeneracional.

Ahora bien, relacionando el desafío impuesto a la Plataforma de Durban con la inquietud antes señalada, esta investigación busca comprobar que una lectura unificada del artículo 3.1 de la Convención, permite elevar la ambición del régimen de cambio climático. Para ello se requiere relacionar de manera adecuada la equidad con el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades.

Para comprobar nuestra hipótesis, como punto de partida se expondrá el marco teórico de la equidad en el derecho internacional, partiendo por la necesaria distinción entre los principios a los cuales ha sido asociada la equidad. Posteriormente, se describirá el enfoque tradicional de la equidad y su moderna variante, la equidad intergeneracional.

En el capítulo segundo se estudiará las consecuencias de aplicar el sistema de razonamiento y los argumentos que proporcionan la equidad tradicional y la equidad intergeneracional al ámbito de la CMNUCC, concluyéndose que ninguno de dichos marcos provee una respuesta satisfactoria para la interpretación del artículo 3° de la Convención. Bajo esta premisa, se estudiará la historia del proceso de negociación de

la Convención, en busca de nuevos antecedentes que provean una respuesta menos ambigua frente al significado de la equidad en la CMNUCC. Al finalizar dicha revisión estaremos en condiciones de afirmar que no hubo dentro de la Comisión Negociadora una única visión respecto a lo que la equidad podía significar, oscilando entre las distintas conceptualizaciones expuestas en el primer capítulo. Adicionalmente, a través de este examen, quedará patente la relación entre la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades.

Como corolario de este segundo capítulo podremos afirmar que la equidad, según los términos planteados, no ofrece estándares equitativos suficientes que permitan establecer un set de criterios destinados a sostener la distinción entre Estados dentro del régimen de cambio climático.

El tercer capítulo de esta investigación se desmarca del tratamiento habitual de la equidad, explorando los aportes propuestos por Thomas Franck, quien mediante la exposición de la distinción entre los diferentes roles que la equidad esta llamada a satisfacer explica cómo, a través de esta institución, se puede resolver el conflicto (según él, permanente dentro del derecho) de conjugar orden y cambio. Para este autor, el orden se asocia con la legitimidad de las normas mientras la idea de cambio tiene que ver con el requerimiento de que el derecho ofrezca soluciones justas acorde a las nuevas circunstancias que ofrece la realidad.

Además, dentro del estudio del marco teórico planteado por este autor, se revisará la importancia que se le confiere al contexto. En efecto, Franck concluye que la determinación de los estándares de equidad que determinan la elección caso a caso, es una cuestión de discurso dentro del cual el contexto es en sí un argumento que permite acotar el ámbito de discrecionalidad del operador jurídico destinado a proveer la solución equitativa.

El contexto en el caso del régimen no solo estaría caracterizado por cuestiones fácticas (como las diferencias económicas de los Estados desde la suscripción de la Convención hasta la actualidad), sino también jurídicas, esta última principalmente representada por la evolución en la interpretación del CBDR&RC.

Aplicando la formulación propuesta por este autor será posible concluir que, para una respuesta más ambiciosa, no es necesario apartarse del marco que ofrece la Convención, sino que lo que se requiere es una interpretación diferente del artículo 3.1 por la cual la equidad provea los términos bajo los cuales debe desarrollarse el procedimiento tendiente a establecer la solución para el caso concreto y el CBDR&RC sea entendido dentro de este contexto como un estándar o criterio equitativo que delimite las posibilidades que ofrece la equidad.

En consecuencia y volviendo al desafío planteado por la Plataforma de Durban, es posible ofrecer una justificación jurídica, basada en la lectura de uno de los principios rectores de la interpretación de la Convención, para la elección entre las alternativas propuestas para el ADP, cuál es, la eliminación de los anexos de la Convención. Mediante esta modificación es posible liberarse del yugo establecido por la distinción cada vez más abandonada entre Estados desarrollados y en desarrollo. Esta elección además provee algunas consecuencias prácticas, como por ejemplo, permite cumplir con los plazos establecidos, y considerar un proceso ulterior en que se definan los criterios de distinción entre Estados, de manera de perfilar obligaciones definidas para cada subgrupo. Finalmente, al establecer la necesidad de un criterio ulterior, las partes u otro organismo especialmente facultado, dispondrán del tiempo necesario para establecer una distinción apropiada entre Estados.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DE LA EQUIDAD DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

Como se sabe, la equidad está incorporada dentro del régimen internacional del cambio climático¹⁸ en el numeral 1° del artículo 3°¹⁹ de la Convención Marco de

¹⁸ “El régimen internacional del cambio climático está conformado por dos instrumentos obligatorios: la Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático (en adelante e indistintamente la Convención) y el "Protocolo de Kioto" (en adelante e indistintamente el "Protocolo"). A ellos se agregan las múltiples decisiones de las Partes, que si bien en principio no son obligatorias, su estatus jurídico es bastante discutido y en la práctica éste deberá calificarse según la decisión de que se trate, y sin perjuicio que muchas veces en la práctica operan de facto como tales”. En URRUTIA, Osvaldo. El régimen jurídico internacional del cambio climático después del "Acuerdo de Copenhague" Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° 34. 2010. Pp. 603.

¹⁹ Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.
2. Deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención.
3. Las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible. A tal fin, esas políticas y medidas deberían tener en cuenta los distintos contextos socioeconómicos, ser integrales, incluir todas las fuentes, sumideros y depósitos pertinentes de gases de efecto invernadero y abarcar todos los sectores económicos. Los esfuerzos para hacer frente al cambio climático pueden llevarse a cabo en cooperación entre las Partes interesadas.
4. Las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo. Las políticas y medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada una de las Partes y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo, tomando en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático.
5. Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional

Naciones Unidas sobre El Cambio Climático (CMNUCC). Este artículo, intitulado “principios”, contiene un conjunto de reglas o criterios de interpretación –entre ellos la equidad-, que bajo la denominación de principios están destinados a guiar el cumplimiento del objetivo establecido en el artículo 2° de la Convención, vale decir, “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”.

Lo primero que se advierte es que este artículo no contiene de por sí una instrucción substantiva dirigida a las Partes, sino que aporta los criterios que permiten a los Estados interpretar la Convención y de este modo lograr la adopción consensuada de ulteriores compromisos. Sin embargo, la aplicación de estos criterios ha sido problemática por varios motivos, entre los cuales, y yendo de lo general a lo particular, cabe mencionar:

En primer lugar, han surgido ciertas problemáticas en torno al significado que se puede atribuir a la expresión “principios” utilizada para describir el contenido del artículo. Desde ya, es posible señalar que esta nomenclatura dentro del Derecho Internacional Ambiental es controvertida toda vez que la doctrina ha hecho suya la abundante discusión en torno a los distintos significados que se le ha atribuido a dicha terminología dentro del ámbito jurídico.

Así, es posible encontrar esta nomenclatura a propósito de los principios generales del derecho, en los principios de Derecho Internacional, y en los principios del Derecho Internacional ambiental. La importancia de aclarar a qué categoría de principios se refiere dice relación especialmente con el alcance jurídico que se puede atribuir a esta clase de normas.

En segundo lugar, respecto de la marcada diferencia que han suscitado cada uno de los numerales que componen el artículo 3°. En este sentido, el numeral 1°, que contiene la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático. Las medidas adoptadas para combatir el cambio climático, incluidas las unilaterales, no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción encubierta al comercio internacional.

y respectivas capacidades (CBDR&RC), convoca un mayor interés y un debate más amplio que aquel generado por los principios contenidos en los otros numerales del artículo. Se ha dado en muchas ocasiones que interpretaciones de la equidad o el CBDR&RC albergan o contienen los demás principios del artículo 3º, propiciando confusión en torno a la preponderancia que una correcta ponderación exigiría darle a cada uno de estos principios.

En tercer lugar, y en relación al numeral 1º del artículo que se comenta, resulta a primera vista extraño que desde los inicios de la CMNUCC, se haya hecho una interpretación parcelada de la equidad y el CBDR&RC, en circunstancias que ambos forman parte de la misma regla y, por tanto, la interpretación de cada uno de estos conceptos por separado debería complementarse con la interpretación de ambos dentro de la unidad que impone el numeral. Bajo el mismo razonamiento, todos los numerales del artículo deberían ser utilizados simultáneamente para interpretar la Convención.

La primera cuestión que surge al abordar esta problemática es que en ausencia de una definición autorizada, consensuada o final de estos conceptos²⁰, tal actividad ha quedado relegada a las Partes -las cuales han interpretado conforme a sus intereses particulares-, y a la doctrina, que por lo general ha intentado equiparar la equidad a otras instituciones jurídicas propias del derecho ambiental e internacional. En este contexto, los autores²¹ han asimilado el concepto de equidad contenido dentro de la Convención con la equidad tratada dentro del Derecho Internacional público, o bien con la denominada equidad intergeneracional.

²⁰ Autorizada, consensuada o final se utilizan aquí buscando reflejar la discusión en torno a la existencia de una única interpretación jurídica. Al respecto véase: ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. [En línea] <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf%E2%80%8E>> [Consulta: 09 de Enero de 2014]

²¹ Por ejemplo: ARÍSTEGUI, Juan Pablo. Evolución del Principio “Responsabilidades comunes pero diferenciadas” en el régimen internacional del Cambio Climático. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales. 2012. P. 599. SOLTAU, Friedrich. Fairness in International Climate Change Law and Policy. Cambridge University Press.2009. p 172. Traducción propia. “Although the notion of equity has considerable provenance in general international law it is unclear to what extent the notions of equity so developed apply...” INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op cit, P.365.

Como resultado de ello en la actualidad es posible observar un amplio abanico de interpretaciones respecto de la noción de equidad, algunas de ellas opuestas entre sí, lo que lejos de facilitar la interpretación de la Convención, ha originado incertidumbre respecto de la manera en que debe lograrse el objetivo señalado por el artículo 2° de la CMNUCC. Esta situación ha llegado a tal punto que para algunos autores “la equidad no tiene impacto práctico en los principios del cambio climático y por lo tanto no debe ser considerada”²².

En este capítulo se establecerá el marco teórico de la equidad según ha sido tratada al interior del Derecho Internacional. Para ello nos referiremos al artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que recoge el principio de equidad como ha sido tratado por la doctrina. Haciendo uso del mismo análisis revisaremos la noción de principio, a la cual la equidad ha sido vinculada, intentando esclarecer si cuando se habla de equidad en el contexto de la CMNUCC, se hace referencia a un principio o bien se hace a la idea de una cuestión diferente.

Seguido de esto se analizará la llamada “equidad intergeneracional”, que merece un análisis particular debido a que surge al alero de una construcción teórica que concibe una relación diferente entre las personas y el medioambiente en cual se desenvuelven, lo cual implica una reinterpretación del derecho internacional público.

1.1.- Antecedentes de la equidad en Derecho Internacional.

Mientras que el Código Civil contiene en el párrafo cuarto del libro 1°, un sistema de reglas para la interpretación legal en la que es posible aplicar la equidad (art. 24), en el ámbito doméstico, en materia internacional se ha aceptado que el artículo 38 del

²² Algunos autores, de la Asociación Internacional de Abogados sostienen por ejemplo: “*equity has no practical impact on the legal principles of climate change, and therefore should not be considered*”, en cita al pie N°101, página 365. Esta nota está ligada a la afirmación que se debe integrar la discusión de equidad con la discusión del CBDR&RC. En esta investigación se comparte sólo esta última afirmación. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. The Hague Conference (2010). Legal Principles Relating to Climate Change. [En Línea] <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>> [Consulta: 02 de Marzo de 2014]. Traducción propia.

estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)²³, es la fuente normativa de carácter general, que permite o autoriza la aplicación de la equidad. Sin embargo se ha discutido sobre cuál de las hipótesis que dicho artículo contiene autorizaría la aplicación de la equidad: el 38.1 letra C o el 38.2.

En este sentido hoy en día hay acuerdo entre los publicistas en cuanto a que la fuente para la aplicación de la equidad en materia internacional proviene del artículo 38 inciso primero letra C del Estatuto de la CIJ. Franck al respecto señala: “Para comprender lo que es la equidad es importante comprender que no es. Bajo el art. 38(2) del estatuto, la CIJ es empoderada, con el consentimiento de las partes intervinientes, a decidir ex aequo et bono, esto es, fuera de la estructura del derecho. Si bien no hay una línea clara entre ex aequo et bono y equidad, estos dos modelos de decisión son muy distintos.” Adjudicación ex aequo et bono equivale a reconocer la creación de un nuevo orden legal entre las partes” Sir Hersch Lauterpacht escribió “Esto difiere claramente de las reglas de equidad... las cuales forman parte del Derecho Internacional como tal y de hecho, de cualquier sistema legal”²⁴.

No obstante, ésta asentada doctrina no siempre ha predominado. En efecto, las primeras interpretaciones del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sostenían que la equidad fluía desde el inciso segundo de dicho artículo, el cual requiere adicionalmente de una autorización expresa de las partes involucradas, reduciendo ostensiblemente la posibilidad de aplicación la equidad. La cuestión fue zanjada por el juez Hudson en el caso de Meuse (1937), en el que sostuvo que la equidad formaba

²³ 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;
- 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 convinieren.

²⁴ FRANCK, Thomas. The international role of equity-as-fairness. Georgetown Law Journal 81(3) 1993. p. 569. Traducción propia.

parte de los Principios Generales del Derecho y, por consiguiente la equidad emanaba de la letra C del inciso primero del artículo en comento.

La interpretación realizada por el juez Hudson trae consigo dos importantes consecuencias. Por una parte, extiende el ámbito de aplicación de la equidad, toda vez que prescinde de una autorización expresa de los Estados, es decir, la equidad es aplicada por el simple hecho de estar consagrada en el Estatuto de la CIJ y no por la autorización de los Estados involucrados. Por la otra incorpora la equidad dentro de los Principios Generales del Derecho. En este sentido, M. Shaw señala que es posible hallar numerosos casos que hacen referencia a la equidad como un “conjunto de principios que constituyen los valores del sistema internacional”. El mismo autor en otro pasaje, parafraseando al juez Hudson señala: “los principios de equidad han sido considerados y aplicados por las cortes como parte del Derecho Internacional”²⁵.

De esta segunda consecuencia surge la principal problemática que ofrece la conceptualización de la equidad en materia internacional. En efecto, es comprendida como un “Principio General del Derecho” que se compone a su vez de un conjunto de principios. En otras palabras, el alcance jurídico de la equidad es el mismo que poseen otros Principios Generales del Derecho como la buena fe, pero a diferencia de éste, su contenido y configuración es casuístico, dependiendo del ámbito en el cual se aplica.

Bajo esta óptica se puede señalar que los principios contenidos en el artículo 3° de la CMNUCC, dentro de los cuales se menciona la equidad, pueden ser considerados como parte de los Principios Generales del Derecho, según lo dispuesto en el artículo 38° letra C de la CIJ.

Esta interpretación es aceptada toda vez que las fuentes del Derecho Internacional Ambiental son las mismas del Derecho Internacional Público y respecto de este último existe acuerdo en la doctrina que dicho artículo recoge las fuentes de esta rama del derecho²⁶. En palabras de Foy “La doctrina concuerda en que el 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es una base idónea para señalar cuáles son las fuentes

²⁵ Véase SHAW, Malcom, op cit. 106.

En el mismo sentido: BERNHARDT, Rudolf. op cit. pp. 109.

²⁶ Véase: SHAW, Malcom, op. cit. Pp. 70.

del Derecho Internacional”²⁷ y “dado que el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Ambiental provienen de la misma raíz jurídica, por extensión, las fuentes del primero, señaladas en la cita anterior, son también fuentes de este último Derecho.”²⁸

En otras palabras, cuando se habla de las fuentes del Derecho Internacional Ambiental equivaldría a hablar de las fuentes del Derecho Internacional Público expresadas en la primera parte del artículo 38, vale decir: Convenciones Internacionales, Costumbre Internacional, Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Luego es útil develar a qué se refiere la letra C del artículo 38 de la CIJ.

Al respecto Malcom Shaw sostiene que los Principios Generales del Derecho han sido entendidos por la doctrina de tres diferentes maneras: para algunos simplemente son afirmación de derecho natural, sobre el cual se construyó el sistema de Derecho Internacional. Para otros (especialmente para la escuela positivista del derecho) los principios constituirían una sub categoría por debajo de los tratados y la costumbre, por lo que en definitiva no aportarían nada nuevo a las reglas del Derecho Internacional. Finalmente, para el grupo mayoritario de autores, los Principios Generales constituyen una fuente separada, de ámbito limitado, que se expresa en las decisiones de la Corte Permanente de Justicia y en la Corte Internacional de Justicia²⁹.

Shaw además concluye que “no es claro, de todos modos y para todos los casos, si involucran a los principios generales del derecho que aparecen en los sistemas de derecho interno o a los principios generales del Derecho Internacional”³⁰. Para este autor, por lo tanto, existen dos posibilidades respecto de la letra C del artículo 38 de la CIJ:

Por una parte aquella que remite a los principios de derecho interno, pero que son reconocidos a nivel internacional. Dentro de esta clase de principios se cuentan, por

²⁷ Véase: FOY, Pierre. op cit. Pp. 77.

²⁸ Íbidem.

²⁹ Véase: SHAW, Malcom, op. cit. Pp. 99.

³⁰ Íbidem.

ejemplo, aquellos que subyacen al derecho civil y que pueden ser compartidos por las diferentes naciones en la medida que compartan la misma tradición jurídica.

Son ejemplo de lo anterior: lo pactado obliga (*pacta sunt servanda*); todo daño ilícitamente causado debe ser íntegramente reparado; nadie puede aprovecharse de su propio dolo; nadie puede transferir más derechos de los que tiene; la sentencia dictada con exceso de poder es nula; el principio de la cosa juzgada, el de la prescripción extintiva, etc³¹.

Es pertinente además señalar que la aplicación por parte de las Cortes Internacionales de los principios de derecho interno está sujeta a la labor previa de partes de los jueces internacionales de discernir sobre su aplicabilidad al caso concreto de acuerdo a si entre los Estados litigantes el principio en cuestión se reconoce como válido. En otras palabras, “los principios comunes a los diferentes ordenamientos del mundo” requiere de la determinación -ex ante- para que su aplicación sea válida, ya que bien puede ser que los países no consideren, o tengan interpretaciones diferentes respecto de un principio de derecho doméstico y de ahí que resulte inaplicable para el caso concreto³².

Por otra parte, tal como señala Shaw, la letra C del artículo 38 de la CIJ comprende además de los principios de derecho interno, los principios propios del Derecho Internacional. Foy enumera dentro de esta clase de principios los siguientes: el Principio de Igualdad Jurídica de los Estados, el Principio de Soberanía de los Estados, el Principio de Arreglo Pacífico de las Controversias, el Principio de Prohibición de la Amenaza y el Uso de la Fuerza, el Principio de Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacional, el Principio de Libre Determinación de los Pueblos, el Principio de

³¹ BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago. Editorial Jurídica ConoSur. 6ª Edición. 1999. Pp 27.

³² Benadava da un ejemplo de este supuesto con el caso: “Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheik of Abu Dhabi” de 1951, por el cual se vieron enfrentados los sistemas jurídicos de las partes, resultando ambos inaplicables. A primera vista debía ser aplicable el derecho del foro, pero dado el grado de discrecionalidad que esto significaba para una de las partes, por las características del derecho musulmán se decidió aplicar “principios arraigados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas: una especie de moderno derecho natural”. Véase: BENADAVA, Santiago. Pp. 28.

Cooperación Internacional, el Principio de Buena Fe, el Principio de Abuso del Derecho, etc³³.

Como se puede apreciar, los principios del Derecho Internacional Ambiental comprenden una categoría diferente a las dos antes mencionadas ya que principios tales como el de Soberanía sobre los Recursos Naturales y la Responsabilidad de no causar Daño al Medio Ambiente de otros Estados o en Áreas Fuera de la Jurisdicción Nacional, el Principio de Acción Preventiva, el Principio de Buena Vecindad y Cooperación Internacional, el Principio de Precaución, el Principio Contaminador Pagador, el Principio del Desarrollo Sostenible³⁴, no han sido deducidos de la labor judicial realizada por los Tribunales Internacionales, sino más bien, fluyen de la voluntad estatal manifestada principalmente en tratados ambientales.

Cuestión diferente es que con posterioridad puedan ser reconocidos y utilizados por las Cortes Internacionales, pues ello contribuirá a fortalecer dicha categoría de principios, pero la mera aplicación aislada de las Cortes no modificará su status ni los elevará a la categoría de principios del Derecho Internacional.

Por otra parte, los principios del Derecho Ambiental no incluyen algo semejante a un principio de equidad, lo cual debe ser considerado al momento de atribuir dicha naturaleza a la equidad en el contexto de la CMNUCC.

Ello se debe, como sostiene Foy, a la diferente función que tanto los Principios Generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas a que hace mención el artículo 38, como los Principios de Derecho Internacional Ambiental están llamados a cumplir: “Es menester señalar que no debemos confundir los principios generales del Derecho³⁵ con los principios del Derecho Internacional Ambiental(...), mientras que los primeros son normas subsidiarias, usualmente utilizadas por las cortes internacionales para cubrir lagunas jurídicas, los principios del Derecho Internacional Ambiental están

³³ Véase: Foy, Pierre, op. cit. Pp. 81.

³⁴ Enumeración tomada de Foy. Véase: FOY Pierre, op. cit. Pp. 85.

³⁵ En otro pasaje del libro precisa la caracterización de esta clase de principios señalando: “se caracterizan por ser una fuente autónoma de carácter subsidiario que suelen ser formulados como juicios categóricos universales, y cuya comprobación se impone como un axioma, como una verdad irrefutable” Véase: FOY Pierre, op. cit. Pp. 84.

básicamente referidos al área ambiental y sirven de inspiración como grandes líneas rectoras en esta materia.”³⁶

Por lo tanto se debe leer con cuidado la asimilación de Foy entre fuentes del Derecho Internacional y del Derecho Internacional Ambiental, ya que los primeros son la base pero no circunscriben completamente a los principios del Derecho Internacional.

La expresión principios del artículo 3° de la Convención podría aludir a los principios de Derecho Internacional Ambiental, en tanto la CMNUCC es un tratado que se agrupa dentro de esta área del derecho. Aquí no se trata de desambiguar la expresión principios, tratado en Derecho Internacional y en Derecho Internacional Ambiental, sino de describir cuál es el rol habitual de los principios de Derecho Ambiental.

Al respecto no cabe duda que la CMNUCC es expresión de derecho internacional ambiental. De hecho, la CMNUCC, junto a la Convención de Biodiversidad y la Convención de Naciones Unidas para la Lucha Contra la Desertificación, son todas consecuencias del impulso tras la Cumbre para la Tierra celebrada en Río de Janeiro, en 1992, llegándose a afirmar que estas son verdaderas convenciones hermanas.

Ahora bien, los principios de derecho internacional ambiental tienen por objeto: servir de “línea rectora en la materia”, o bien ser “reglas substantivas que establecen normas ambientales (...) y técnicas para implementar dichas normas”³⁷. En el mismo sentido, Chueca señala: “los principios no constituyen normas estructurales o fundamentales sino directrices, guías o recomendaciones dirigidas a las partes”³⁸.

En otras palabras, los principios de derecho ambiental otorgan contenido substantivo a los instrumentos que les recogen, orientando la conducta de las partes en un determinado sentido. Lo anterior significa además que los principios de Derecho Internacional Ambiental no son el resultado de un proceso deductivo de un Tribunal llamado a resolver conflictos, sino fruto del proceso democrático de creación de normas a nivel internacional.

³⁶ Véase: FOY Pierre, op. cit. Pp. 81.

³⁷ Véase FOY, Pierre, op. cit. Pp. 84.

³⁸ Véase CHUECA, Ángel, op. cit. Pp. 77.

Para Sands esta particularidad de los principios de Derecho Internacional Ambiental explica que para cada caso particular en que estos sean invocados se deba interpretar el contexto en que se inserta el principio: “En ausencia de autoridad judicial y con interpretaciones conflictivas bajo la práctica de los estados es frecuentemente difícil establecer los parámetros o el estatus legal internacional de cada uno de estos principios generales o reglas. Las consecuencias legales de cada uno en relación a una actividad particular o incidente debe ser considerado sobre los hechos y las circunstancias de cada caso y tomar en cuenta varios factores, incluyendo: su fuente; su contenido textual; su lenguaje; su rol particular en la materia tratada; sus consecuencias ambientales entre otras; y las circunstancias en las cuales ocurre (incluyendo los actores y la región geográfica)”³⁹.

Esta diferencia en cuanto al origen y objetivo explicaría el abundante uso a nivel convencional en tratados ambientales multilaterales que expresan principios de carácter ambiental. Chueca señala como ejemplos: la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, El Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia de 1979, el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991; el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 y la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación en particular en África.

Es importante destacar además, siguiendo a Chueca, que los principios de Derecho Internacional Ambiental no tienen por objeto establecer una exigibilidad de carácter concreto, al estilo de los principios contenidos por la letra c del artículo 38 de la CIJ que anteriormente se ha revisado. Llega a esta conclusión por el lenguaje y la redacción utilizada en este tipo de instrumentos y por la usual reiteración de otros principios de Derecho Internacional de mayor data. En todo caso, ello no significa que los principios de Derecho Internacional Ambiental carezcan de fuerza legal, sino más bien que su intensidad normativa es una cuestión que depende de cada caso en particular.

³⁹ SANDS Philippe. Principles of international environmental law Manchester University Press. 1995. Pp. 183. Traducción propia.

Sin embargo, este autor destaca una función esencial de esta clase de principios: “De cualquier forma, los principios siempre cumplirán una función: La de reglar la interpretación del correspondiente texto. Por tanto deben guiar la conducta de las partes y deben guiar a los órganos que apliquen el tratado”⁴⁰.

Los miembros de la International Law Association (ILA), al referirse a los principios contenidos en la CMNUCC concluyen de manera semejante a lo que hasta aquí se ha descrito, pero esta vez desde la contraposición entre principios y políticas: “La noción de “principio” sugiere el carácter o “textura” de una norma, más que su estatus legal formal. Los principios deben ser distinguidos de las “políticas” como también de las “reglas”. Mientras las políticas expresan ideas políticas, las “reglas y principios expresan una cualidad normativa” “Al igual que las reglas de derecho, los principios están diseñados para dirigir las conductas y ello tiene alcance jurídico. Sin embargo, al contrario que las reglas, ellos no requieren resultados particulares, y es posible sostener que ellos “no conllevan responsabilidad si son quebrantados o no son cumplidos. No obstante, los principios proveen razones o consideraciones que los tomadores de decisión deben tomar en cuenta en la medida que ellos son “relevantes como consideraciones para inclinar una decisión en una dirección u otra”. Ellos pueden “establecer límites o proveer guías, o determinar cómo pueden ser resueltos los conflictos otras reglas y principios”⁴¹.

Recapitulando, la inserción de principios dentro de tratados ambientales obedece a una técnica utilizada en Derecho Internacional Ambiental que tiene por objeto definir orientaciones más que resultados u obligaciones concretas, estableciendo los lineamientos generales que deberán respetar las partes para cumplir los objetivos contenidos en los diferentes tratados internacionales, o bien estableciendo verdaderos modelos de interpretación a los cuales deben atenerse las partes en la aplicación de las obligaciones que se desprenden de un tratado.

⁴⁰ Véase: CHUECA Ángel, op. cit., Pp. 78.

⁴¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. The Sophia Conference (2012). Legal Principles Relating to Climate Change. [En Línea] < <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/4FBED782-B7F9-4195-9877E671452CBC45>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]. Pp. 7.

Lo anterior se ve reflejado en el fenómeno descrito por Chueca: “En esta dirección, va siendo relativamente frecuente que algunas Convenciones internacionales, que pretenden proteger el MA (sic), enuncien en su articulado determinados principios. Se trata de normas generales que, a veces, recuerdan la vigencia de normas estructurales o fundamentales de Derecho Internacional Público; pero en otras ocasiones estaremos ante normas que demuestran cómo el concepto de CONVENCIÓN MARCO (sic) se impone poco a poco en este ámbito”⁴².

Finalmente y como una clasificación intermedia es posible sostener que los principios, cualquiera sea su ámbito de aplicación, actúan como una tipología dogmática de carácter subsidiario que se manifiesta cada vez que existen reglas y principios que regulan una misma materia, con independencia de la disciplina jurídica a la cual se esté refiriendo.

En términos más amplios, Atria señala que: “En efecto, si en el derecho conviven reglas y principios, y si las reglas son susceptibles de aplicación sin discreción y los principios no lo son, los principios solo pueden tener un rol marginal dentro de una práctica jurídica. La función de la ciencia del derecho, lo que los alemanes llaman la construcción jurídica consiste en reducir principios a reglas (o lo que es lo mismo, reconstruir racionalmente un sistema de reglas de modo que él dé cuenta de ciertos principios). En las áreas más urbanizadas de la ciencia jurídica (el derecho civil y el derecho penal parecen ejemplos más claros), si principios y reglas pueden convivir pacíficamente es porque la construcción de las reglas hace la apelación a los principios redundante. Nadie duda, por ejemplo, que el derecho civil patrimonial está informado por un conjunto relativamente acotado de principios (buena fe, la relatividad de los contratos o la proscripción del enriquecimiento sin causa, etc.); pero la apelación directa y desnuda a esos principios es excepcional, precisamente porque la construcción dogmática de esa área permite excluir la necesidad de ponderación en el

⁴² Véase: CHUECA Ángel, op. cit., Pp. 77.

caso particular. Los principios, entonces, pasan a ocupar una posición en el trasfondo, cuando es necesario dar cuenta de la racionalidad de las reglas⁴³.

Lo anterior significa que, desde una perspectiva dogmática, los principios pueden ser entendidos como la síntesis de una práctica jurídica y su utilización, o la funcionalidad que prestan, es una relación inversa al desarrollo dogmático de las reglas que edifican la práctica en cuestión. De este modo, entre más desarrollado sea un sistema normativo, menor será la invocación a los principios por los tribunales ya que se subentiende que las reglas de dicho sistema normativo se corresponden o expresan tales principios. Luego, sólo en ausencia de estas reglas será necesario para el intérprete acudir a los principios.

De acuerdo a esta perspectiva, principios como el precautorio, el contaminador pagador, el desarrollo sustentable y otros que la doctrina infiere o extrae del texto de la CMNUC, conformarían la tipología dogmática específica de esta área del derecho, ya que permitirían dar coherencia a la estructura jurídica del Derecho Internacional Ambiental, pero carecerían de obligatoriedad concreta frente a las normas que los expresan y más aún tendrían un rol marginal en un eventual proceso de adjudicación judicial siendo solo pertinentes en ausencia de normas que expresamente refirieran a ellos.

Finalmente, desde un enfoque dogmático, la consagración de principios de manera explícita en el texto de un tratado carece de sentido en la medida que la distinción dogmática entre principios y reglas obedece precisamente a que los principios normalmente no estarán expresados, sino que se deducen de las reglas que componen el sistema normativo.

Bajo esta lectura no queda sino concluir que la equidad, al igual que el resto de lo mencionado en el artículo 3º, no sería un principio al estilo del art. 38.1 letra C del estatuto de la CIJ, sino parte de una regla de interpretación de características particulares y no taxativa, tal como dispone el artículo.

⁴³ ATRIA, Fernando. Lo que importa sobre los principios. EN: CARBONELL, Flavia [et al.] Principios Jurídicos, Análisis y Crítica. Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Abeledo Perrot: Thomson Reuters. 2011. Pp. 65-90.

1.2.- Concepto de equidad tradicional o clásico en Derecho Internacional.

Hasta aquí se ha delimitado la diferencia entre las distintas nociones de principios y como es que la equidad tratada en el ámbito de la Convención no calza en ninguna de dichas lecturas. Conviene ahora estudiar qué se habla en Derecho Internacional Público cuando nos referimos a la equidad.

La primera cuestión que llama la atención sobre la noción de equidad dentro de esta rama del derecho son las breves definiciones que se han dado para conceptualizarla. Lo anterior obedece a que el contenido de la equidad depende precisamente del ámbito dentro del cual se ventila cada caso.

La noción de equidad es un concepto que se reconstruye (en el sentido de reunir las nociones que lo componen) cada vez que es aplicado. Por tanto una cabal exposición de la noción de equidad debe proporcionar no sólo aquellos conceptos de equidad que existen dentro de esta rama del derecho, sino también las ideas o nociones con las cuales generalmente se asocia, así como también los contextos dentro de los cuales opera en la práctica.

Para Brown Weiss, el concepto de equidad utilizado en Derecho Internacional es aquel recogido por Grotius, desde Aristóteles⁴⁴, definido en los siguientes términos: “En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo

⁴⁴ Así también Weeramantry. *Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment*, ICJ Reports 1993. Separate Opinion Judge Weeramantry. Pp. 239. Párrafos. 91 a 93. Traducción propia.

habría legislado... Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general⁴⁵.

La equidad dentro del Derecho Internacional, tendría por objeto proveer una consideración de justicia frente a la aplicación irrestricta de una norma, permitiendo no aplicarla, o aplicarla restringiendo los efectos de la norma en la parte que resulta excesiva según el caso específico. De esta definición surgen al menos dos interrogantes: primero qué circunstancias ameritan una corrección de las palabras del legislador, es decir, bajo qué contextos procede la aplicación de la equidad y, seguido a esto, quién debe realizar esta labor de corrección (un juez, las partes involucradas o un tercero).

Sin embargo, la definición aristotélica de la equidad, aplicada en el Derecho Internacional, merece un comentario adicional, en relación a que el proceso de creación de normas en Derecho Internacional es diferente al que existe en el derecho doméstico, en el sentido que en este último no existe una identificación absoluta entre legislador y destinatario de la norma.

Por el contrario, en Derecho Internacional por regla general los Estados son al mismo tiempo productores y destinatarios de las normas, lo cual debiese reducir las hipótesis en que sea procedente la equidad, a menos que se suponga que los Estados no consideran los efectos que han de generar sobre si mismos las normas que ellos mismos determinan.

Un segundo concepto de equidad en Derecho Internacional es aquel proporcionado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en los casos relativos a la delimitación de la Plataforma Continental del Mar del Norte: "Cualquiera sea el razonamiento de un tribunal de justicia, sus decisiones, por definición, deben ser justas y por lo tanto, equitativas. No obstante, cuando se hace mención a un tribunal administrando justicia o declarando el derecho, esto quiere decir que la decisión encuentra su justificación objetiva en las consideraciones yacentes no fuera sino dentro de las reglas, y en este

⁴⁵ BROWN WEISS, Edith Brown. Un mundo justo para las futuras generaciones: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Madrid. Ediciones Mundi-Prensa, 1999. Pp. 66.

campo es precisamente una regla de derecho la que llama a una aplicación de principios equitativos. No hay, en consecuencia, posibilidad alguna en tal caso de una decisión *ex aequo et bono*, tal como sólo sería posible bajo las condiciones establecidas por el artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte".⁴⁶

Como se puede apreciar, la definición de la Corte contiene varios elementos o aspectos novedosos en comparación a la primera definición expuesta, sobre los cuales conviene detenerse y que a continuación se señalan. El primer elemento a considerar es la relación o asimilación entre equidad y justicia expresada en la primera oración de la definición. Dicha relación es presentada por la Corte como obvia o autoevidente, sin embargo, se podría problematizar respecto de esta afirmación observando que no todas las decisiones judiciales contienen un juicio de equidad y tal constatación no implica la falta de justicia de dichas decisiones.

La segunda y tercera oración de la definición de la Corte hace referencia al contexto normativo sobre el cual se enmarca la decisión, cual es el Estatuto de la CIJ. En ellas se afirma que la Corte cuando aplica la equidad no está invocando motivaciones ajenas a las reglas sobre las cuales se construye el Derecho Internacional, sino que precisamente falla en relación a esta clase de reglas.

No obstante los comentarios recién señalados, la definición de la CIJ es útil por cuanto pone de relieve el problema respecto a qué se debe entender por justo en un caso determinado. Sobre este punto no existe una única respuesta, ya que lo que puede ser justo para unos no lo será para otros, ni lo que fue justo en un momento de la historia puede no seguir siéndolo hacia el futuro, claro ejemplo de ello se observa con la aceptación de la esclavitud en ciertos contextos históricos como justa, perspectiva hoy totalmente superada. De ahí que pueda afirmarse que la justicia es una aspiración del derecho, hacia la cual debe orientar sus esfuerzos pero no es su único, ni su principal fin⁴⁷.

⁴⁶ Citado en Brown Weiss, op. cit. Pp. 67, sin embargo otros autores coinciden en que estamos frente a una conceptualización de la equidad, así por ejemplo Weeramantry op. cit. párrafo 94.

⁴⁷ La aspiración de justicia de la solución proporcionada por un tribunal adquiere un rol secundario frente a la solución del conflicto y la resolución del tribunal no se impondrá por ser

A mayor abundamiento, se sostiene que el principal fin del Derecho Internacional es el mantenimiento de la paz. Por supuesto, la justicia ocupa un lugar importante dentro de cualquier sistema de derecho, sin embargo, en el derecho internacional muchas veces las soluciones se imponen no por su justicia sino por evitar el belicismo.

Sin perjuicio de lo anterior, el razonamiento de la Corte pone de manifiesto por una parte el lugar preponderante en que se ubica la justicia de la decisión -y por ende la equidad- y por otra, que la relación entre justicia y equidad se manifiesta al momento en que un tribunal administra justicia, es decir, la equidad se materializa en el contexto particular en que un tribunal falla lo que constituye el derecho aplicable para el caso particular.

Esta circunstancia explicaría el fenómeno que algunos autores advierten de incorporar la equidad en los Tratados Internacionales Multilaterales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, especialmente aquellos referidos a los recursos naturales⁴⁸. Esto ha sido explicado por cuanto la equidad ofrece ventajas en la búsqueda de justicia en relación al reparto de recursos naturales que el Derecho Internacional por naturaleza no está destinado a prestar⁴⁹.

Se ha señalado que, dentro de los principales tratados multilaterales que contienen normas de equidad se reconocen: la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958⁵⁰, que vino a reemplazarse por la Convención de Derecho del Mar de 1982, en la que la invocación a la equidad está presente en dos artículos casi idénticos pero referidos a distintas materias: el artículo 74⁵¹, relativo a la delimitación

justa, sino por ser determinada por un tribunal que posee la autorización para decidir aquello que constituye el derecho para el caso concreto.

⁴⁸ Cabe señalar que la equidad no solo se observa en los denominados MEAs (Multilateral Environmental Agreements, por sus siglas en inglés), sino también en otra clase de instrumentos internacionales multilaterales como por ejemplo el Sistema Generalizado de Preferencias del GATT y en acuerdos bilaterales.

⁴⁹ Así FRANCK, Thomas, op. cit. pp. 573.

⁵⁰ Dice el artículo: "Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se efectuará aplicando el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la extensión del mar territorial de cada Estado."

⁵¹ Artículo 74: Delimitación de la zona económica exclusiva entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente.

de la zona económica exclusiva entre Estados y el artículo 83^{o52} sobre delimitación de la plataforma continental.

Esta última Convención no sólo es importante por consagrar la equidad expresamente -exhibiendo de paso el cambio de paradigma de las partes negociadoras en cuanto a la liberalización de los criterios y la confianza respecto de la actividad desplegada por la Corte-, sino también por cuanto la actual norma habla en términos de una “solución equitativa”, desplazando la atención de la Corte desde los métodos equitativos o procesos equitativos (tal como la equidistancia) hacia los resultados equitativos. Es decir, traslada el enfoque desde un procedimiento equitativo hacia un resultado equitativo, centrando su atención en éste último más que el procedimiento.

El reciente fallo de la CIJ en la disputa marítima entre Perú y Chile revela cuál es el procedimiento seguido por la Corte para obtener un resultado equitativo. “La metodología que la Corte usualmente emplea en buscar una solución equitativa involucra tres etapas. En la primera, construye una línea equidistante provisional a menos que haya razones de peso que impidan esto. En la segunda etapa, considera si hay circunstancias relevantes que puedan requerir un ajuste de la línea para lograr un resultado equitativo. En la tercera etapa, la Corte realiza un test de desproporcionalidad en el cual evalúa si el efecto de la línea, con los ajustes, es tal que las porciones de las áreas relevantes de cada parte son marcadamente desproporcionadas en relación al largo de sus costas respectivas”⁵³.

Lo anterior es un claro ejemplo de un ámbito específico -derecho del mar- en que se verifica una modificación en la concepción de la equidad desde un enfoque cuyo

1. La delimitación de la zona económica exclusiva entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho Internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa.

⁵² Artículo 83: Delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente

1. La delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho Internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa.

⁵³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Maritime Dispute (Peru v. Chile). 2014. Párrafo 180. Traducción Propia

énfasis está sobre el procedimiento a otro que, yendo más allá del procedimiento, subraya en la equidad del resultado, es decir desde una noción de justicia formal a otra de justicia material.

Por otro lado la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para fines distintos de la navegación de 1997⁵⁴ ha sido señalada por la doctrina⁵⁵ como el tratado más reciente en incorporar la equidad. Lo interesante de este tratado es que eleva la equidad a un principio rector de la actuación de los Estados en la materia.

Al respecto McCaffrey explica: “El artículo 5°, que figura en la Parte II, refleja el principio considerado en general como básico de la Convención y, en verdad, de la legislación sobre este tema: la utilización y participación equitativas y razonables. (...) A fin de velar por que la utilización de un curso de agua internacional por cada Estado sea equitativa y razonable, los Estados deben tomar en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes. En el artículo 6° figura una lista indicativa de tales factores y circunstancias⁵⁶. Además, en el párrafo 2° del artículo 5° se estipula el principio de

⁵⁴ NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para fines distintos de la navegación de 1997. (A/RES/51/229)

⁵⁵ Soltau y la International Law Association, entre otros.

⁵⁶ Artículo 6: Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:

- a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;
- b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate;
- c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua;
- d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;
- e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua;
- f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;
- g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto.

2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del presente artículo, los Estados del curso de agua de que se trate celebrarán, cuando sea necesario, consultas con un espíritu de cooperación.

3. El peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable,

participación equitativa, de conformidad con el cual los Estados “participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable”⁵⁷.

Finalmente, algunos autores sostienen que el Protocolo de Montreal, relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, incluye principios de equidad⁵⁸. Soltau, por ejemplo, señala: “En el curso de las negociaciones, los países en desarrollo señalaron el hecho que los países industrializados habían sido responsables en sobrepasar su contribución de clorofluorocarbonos (CFCs) que agotan la capa de ozono y tomaron la posición que ellos no debían estar sometidos a los mismos controles que los países ricos. Consecuentemente, el Protocolo hace diferentes provisiones específicas para las circunstancias de los países en desarrollo en la forma de exenciones, transferencia de tecnología, y financiamiento para satisfacer el costo incremental del cambio hacia substitutos de los CFC”⁵⁹.

Los ejemplos descritos grafican la existencia de una progresiva tendencia a incluir provisiones de equidad dentro de tratados multilaterales. A esta tendencia es necesario oponer, sin embargo, la desconfianza que la aplicación de la equidad despierta en la doctrina.

Autores como Henkin observan que la equidad ofrece un marco de discrecionalidad muy amplio a la judicatura, pudiendo resultar incluso antidemocrática en cuanto constriñe la autodeterminación de los Estados, manifestada al momento de suscribir tratados o adscribir a la costumbre internacional: “El rechazo es a menudo dictado por

se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores.

⁵⁷ MCCAFFREY, Stephen. Convención De Las Naciones Unidas Sobre El Derecho De Los Usos De Los Cursos De Agua Internacionales Para Fines Distintos De La Navegación [En Línea] <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw_s.pdf> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

⁵⁸ Artículo 5: Situación especial de los países en desarrollo:

1. Toda Parte que sea un país en desarrollo y cuyo consumo anual calculado de sustancias controladas sea inferior a 0,3 kilogramos per cápita (...), tendrá derecho a fin de hacer frente a sus necesidades básicas internas, a aplazar por diez años el cumplimiento de las medidas de control establecidas en los párrafos 1 a 4 del artículo 2, a partir del año especificado (...)

⁵⁹ Véase: SOLTAU, Friedrich. op. cit. Pp.177.

un deseo a oponerse o al menos restringir cualquier tendencia de establecer un límite a la libertad de acción a los Estados diferente de los tratados y la costumbre”⁶⁰.

Las suspicacias en torno a la equidad son alimentadas por Akehurst, quien desde otra perspectiva señala: “Uno de los peligros de aplicar la equidad proviene del hecho que provee excepciones a una regla general” (...) “Normalmente los Estados están impedidos de romper el Derecho Internacional por temor de crear un precedente que puede ser usado en su contra en casos subsecuentes. Este miedo es removido si se inventa una excepción equitativa a una regla; en tales casos un Estado puede continuar prestando sumisión a una regla, mientras que, en la práctica la ignora y espera que el precedente no sea utilizado en su contra por otros Estados en otros contextos”⁶¹.

Frente a este fenómeno la doctrina reacciona manifestando sus suspicacias bajo dos líneas argumentales: la primera que sostiene que la equidad amplía el margen de discrecionalidad de los jueces, en desmedro de la soberanía estatal, y la segunda que atendiendo a la conducta de los Estados, afirma que la equidad provee excepciones particulares al cumplimiento de las reglas generales, abriendo la posibilidad de desvirtuar y subvertir con ello el ordenamiento jurídico internacional.

Entonces, ¿Cómo es posible temperar ambas críticas con la tendencia creciente a incorporar la equidad? Akehurst, basado en la moderación de los tribunales al momento de resolver invocando a la equidad, provee la siguiente respuesta: “Incluso cuando aplican equidad, los tribunales pueden sentirse obligados a no diferir demasiado de las reglas análogas de Derecho Internacional (...) En algunos casos los tribunales arbitrales han derivado reglas o principios naturales (...); en otros, los principios básicos de la costumbre sobre la materia han estado establecidos antes que estos casos estén decididos y puede ser que dichos casos sean interpretados

⁶⁰ HENKIN Louis [et al]. International Law. Cases and Materials. American Casebook Series. St.Paul, Minn. West Publishing Co., 2º edición.1987.Pp. 89. Traducción propia.

⁶¹ Véase AKEHURST, Michael, op. cit., Pp. 808.

meramente aplicando estos principios, incluso si los principios no están mencionados por su nombre”⁶².

En otras palabras, los tribunales internacionales al fallar de acuerdo a la equidad se guardan de rodearla de otras instituciones jurídicas (costumbre internacional, principios, etc.) de manera de mantener la necesaria cohesión con el ordenamiento internacional. Este planteamiento es la otra cara sobre la cual se construye la equidad en el caso particular, tratado más arriba.

Luego, si es posible reconstruir la equidad para cada caso particular (y así pareciera ser que sucede en la práctica), surge la pregunta acerca de cómo pueden los jueces comprobar que efectivamente sus razonamientos han resultado adecuados para la resolución del conflicto en atención a la equidad.

Weeramantry responde a ello señalando que la equidad puede ser empleada de dos maneras cuya aplicación no es excluyente entre sí: en un sentido positivo o a priori, “por la aplicación de conceptos de equidad y por el uso de procedimientos y métodos de equidad dirigidos hacia el logro de un resultado equitativo” y en un sentido negativo o a posteriori, “en un sentido análogo al uso de la injusticia como test de justicia, tiene una larga trayectoria en el pensamiento jurídico. Aunque la justicia es por naturaleza incapaz de una formulación comprensiva, la injusticia es a menudo un asunto de detección inmediata. Asimismo, aunque lo que es la equidad no puede ser formulado por anticipado en términos de un comprensivo set de reglas, lo que es inequitativo puede ser rápidamente identificado, tal como cuando una situación ha ocurrido o una proposición es sometida a debate”⁶³.

Es precisamente este sentido negativo aquel utilizado en la tercera y última etapa del procedimiento de delimitación marítima, sobre el cual se habló más arriba al referirnos al Deferendo Marítimo entre Perú y Chile. Las Cortes, ante la imposibilidad y el riesgo de definir aquello que constituye la equidad en la cuestión particular de la que están conduciendo, prefieren resolver a través de un razonamiento jurídico diferente

⁶² Véase AKEHURST, Michael, op. cit., pp. 805.

⁶³ Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, ICJ Reports 1993. Separate Opinion Judge Weeramantry. Pp. 243, Párrafo. 105.

que, sin entrar a detallar el contenido objetivo de la equidad, se concentra en evitar aquellas decisiones manifiestamente inequitativas.

Destacar esta forma de razonar de las Cortes es de suma importancia para el tema que nos convoca. Las Cortes no solo procuran rodear a la equidad de otras instituciones jurídicas del derecho internacional de manera tal de fundamentar vigorosamente sus soluciones en equidad, sino que también y más importante aún evitan dar un concepto definitivo de aquello que es equitativo, valiéndose de un test de desproporcionalidad para salvar la posibilidad que la decisión pueda resultar inequitativa.

Por otro lado, que la Corte en su definición relacione dos conceptos abiertos como equidad y justicia pareciera complejizar el concepto de equidad en lugar de aclararlo, debido a que la justicia de por sí es un concepto de carácter contingente, sobre el cual tampoco existe una única lectura.

Desde una perspectiva formal, la justicia (y por tanto la equidad) puede ser asociada con el respeto o conformidad de aquellas formas procesales tendientes a la obtención de un resultado considerado como justo. En oposición a esta noción, la justicia puede ser entendida como dotada de un contenido substantivo de antemano que puede ser derivado por ejemplo, del derecho natural, la moral, la religión o cualquier otro sistema de reglas que se aparte de aquello que se considera como derecho, de acuerdo exclusivamente con las fuentes formales.

Hart aborda esta materia en el capítulo dedicado a la relación o distinción entre derecho internacional y moral señalando que, cuando los Estados invocan reglas para la resolución de un conflicto, dichas reglas son precisamente de derecho internacional, no siendo la falta de coercitividad del sistema o la ausencia de una norma de reconocimiento la que permita igualar derecho internacional y moral⁶⁴.

De esta afirmación se desprenden dos consecuencias: la primera que el sistema de derecho internacional se basa en derecho o en argumentos de derecho para la

⁶⁴ HART, Herbert, El concepto del derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1963. Pp. 263 – 292.

resolución de conflictos, y en segundo lugar, que moral y derecho son sistemas de reglas diferentes. De lo anterior se sigue que resultaría cuestionable que el derecho sea determinado por elementos ajenos al derecho.

Existe una semejanza entre lo planteado por Hart y la línea argumentativa seguida por Akehurst quien, en un intento por objetivizar el contenido de la equidad, señala: “El derecho natural aparece en mente como una base posible, pero dudosa, para satisfacer esta función. Incluso quienes apoyan la teoría del derecho natural conceden que el derecho natural consiste de un número muy pequeño de principios muy amplios, que improbablemente pueden ayudar a resolver detalladamente un problema legal”⁶⁵.

De esta afirmación es posible extraer dos ideas: en primer lugar, y coincidiendo con Hart, la desconfianza hacia un derecho basado en la moral, que es en el fondo, la idea subyacente al derecho natural, como una suerte de moral institucionalizada. En segundo lugar, que aún si se aceptara que es derecho natural sería necesario complementar en la medida en que dicho derecho carece de concreción suficiente para otorgar una respuesta más o menos semejante a una misma situación.

En sintonía con lo anterior, M. Shaw indica que es posible encontrar numerosos casos en que se apela a la equidad para dar solución a controversias, y que tal noción puede ser comprendida “en el contexto de adaptar el derecho en áreas particulares o eligiendo entre diferentes interpretaciones del derecho”. No obstante, para este autor, la equidad está constituida por un conjunto de principios que constituyen valores del sistema internacional, los cuales no serían principios abstractos de justicia, sino más bien principios derivados de acuerdo al derecho aplicable.

En apoyo a sus argumentos, el autor cita lo declarado por la CIJ en el caso de Libia contra Malta: “La justicia de la cual la equidad es emanación, no es una justicia abstracta sino justicia de acuerdo a la regla de derecho, lo que quiere decir que esta

⁶⁵ AKEHURST, Michael. Equity and General Principles of Law. The International and Comparative Law Quarterly, 25(4) 1976. Pp. 812. Traducción propia

debe demostrar consistencia y un grado de predictibilidad, a pesar que esto parezca ir más allá de los principios de aplicación más general⁶⁶.

En resumen, la opinión de la Corte en cuanto a que la invocación de la equidad supone la consideración de aspectos de justicia debe ser leída con mesura, en tanto la justicia es una noción que admite diversas y en algunos casos contradictorias respuestas y lecturas. Sin embargo, la falta de certidumbre a la cual podría conducir esta interpretación es moderada en tanto los principios derivados al aplicar la equidad son principios colegidos del resto del derecho.

Otro aspecto que merece especial atención es que, tanto dentro de la definición aristotélica como la entregada por la Corte Internacional de Justicia es posible distinguir dos momentos diferentes: uno en que la norma es establecida con carácter general por el legislador, y otro en que la norma es aplicada a un caso particular por el intérprete. En consecuencia, sólo en este segundo momento la equidad viene a prestar servicio, permitiendo al intérprete alterar los efectos de la norma.

Es de notar que la equidad, dentro del derecho internacional público, opera en el contexto particular de solución pacífica de controversias, por lo cual históricamente han sido las cortes internacionales y los tribunales arbitrales los llamados a interpretar la equidad al momento de aplicar el derecho⁶⁷. Con esto se quiere destacar que la equidad es invocada en un sentido particular por las partes involucradas en el litigio, pero ponderadas y determinadas por un tercero imparcial, cuestión que aún no se ha

⁶⁶ SHAW, Malcom N. *International Law*. Cambridge University Press. Sexta Edición. Pp. 107. Traducción propia.

⁶⁷ En cuanto a su evolución histórica, "la equidad, desde sus inicios ha sido utilizada de manera frecuente e incuestionada por las Cortes. Esta tendencia, sin embargo cambió a partir del siglo XX, producto del debate doctrinal entre los adherentes de la escuela positivista, quienes concebían la equidad como una concesión insensata hacia las cortes, que se traducían en una intromisión injustificada sobre la soberanía estatal y los adherentes de la escuela iusnaturalista, quienes defendían el uso de la equidad como un medio de hacer el Derecho Internacional más justo y equitativo". BERNHARDT, Rudolf. *Encyclopedia of public international law*. Amsterdam. Elsevier Science Publishers. 1992. V.2. Pp. 109. Traducción propia.

verificado en el marco de la CMNUCC, pese a lo establecido en el artículo 14° de la Convención que regula el arreglo pacífico de controversias⁶⁸.

Volviendo a la aplicación judicial en materia de derecho internacional, se ha sostenido que la equidad admite distintos enfoques dependiendo de las diferentes funciones que puede prestar. Estas diferentes funciones son el resultado de la labor realizada por la doctrina “a objeto de mejorar la comprensión del rol de la equidad en el Derecho Internacional”⁶⁹. En este sentido, señala Akehurst, la equidad se puede clasificar en tres categorías: *infra legem*, o como norma de interpretación, equidad *praeter legem* o como medio de llenar los vacíos del derecho y equidad *infra legem*, esto es, equidad contra derecho.

En cuanto a su primera acepción, Akehurst señala: “Todos los autores admiten que un tribunal internacional puede aplicar la equidad *infra legem*, incluso si no está expresamente autorizado a hacerlo”⁷⁰. Vale decir, la equidad *infra legem* simplemente permite al tribunal complementar los razonamientos que fundan su decisión mediante la adición de criterios adicionales, motivo por el cual no se requiere de una norma de autorización expresa al respecto.

Respecto a la equidad como medio para llenar los vacíos del derecho, Akehurst señala: “Los autores están en desacuerdo si un tribunal internacional puede llenar vacíos del derecho acudiendo a la equidad, en ausencia de una autorización expresa al efecto, sin embargo hay abundantes sentencias que lo reclaman como poder”⁷¹.

⁶⁸ Entre los motivos que explican la ausencia de judicialización de las controversias ventiladas al interior del régimen internacional de cambio climático se encuentra el Mecanismo Consultivo Multilateral creado por la 10° Decisión de la 4° COP, con ocasión del artículo 13° de la CMNUCC, el cual si bien nunca ha llegado a funcionar por cuanto el Comité Consultivo nunca fue constituido, denota el espíritu de las Partes. En este sentido es posible afirmar que el régimen de cambio climático es esencialmente político. UNFCCC. Al respecto véase: Manual de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático [En línea] <http://unfccc.int/resource/docs/publications/handbook_esp.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014] y el documento de las Partes: FCCC/CP/1998/16/Add.1

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Véase: AKEHURST, Michael, op cit., pp., 802.

⁷¹ Véase: AKEHURST, Michael, op cit., pp. 805.

Finalmente, en cuanto a la equidad contra derecho señala que “Hay unanimidad entre autores y tribunales en sostener que no se puede aplicar equidad contra legem en ausencia de una expresa autorización, tal como indica el parágrafo segundo del artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia”⁷².

Reiteradamente se ha señalado, que la equidad en Derecho Internacional se reconstruye a partir de principios de diversa índole, que resultan adecuados al caso particular en cuanto ofrecen un procedimiento equitativo o una solución equitativa. Por consiguiente, no resulta posible extraer o conformar un conjunto cerrado de principios que puedan ser identificados como principios equitativos. Para ello habría que describir exhaustivamente todas y cada una de las hipótesis en que puede invocarse la equidad, lo que resulta inconcebible.

A pesar de la limitación anteriormente descrita, Thomas Franck al repasar la evolución de la equidad, destaca tres principios que fueron traspasados desde los ordenamientos nacionales hasta el sistema internacional, que pueden ser considerados como el núcleo básico de los principios de equidad. En palabras de este autor: “Esta evolución, por lo demás, había dejado a los sistemas municipales con un conjunto compartido de principios de derecho como equidad, siendo los más prominentes, el enriquecimiento injusto, estoppel y aquiescencia. Dada la universalidad de estos principios, los poderes establecidos idearon injertarlos en el Derecho Internacional en el artículo 38(1)C”⁷³.

En pocas palabras, el principio de enriquecimiento injusto prohíbe el enriquecimiento de una parte a costa de otra sin una justa causa. En el Orden Internacional este principio ha sido invocado en el contexto de calcular los daños resultantes de la expropiación de propiedad de inversores extranjeros, de modo que la indemnización expropiatoria considere las variaciones del poder adquisitivo de la moneda en la cual están expresados los valores de la inversión expropiada. Los casos como la fábrica de Chorzow y el Norwegian Claims, son ejemplos de la aplicación de este principio en la resolución de disputas.

⁷² Véase: AKEHURST, Michael, op cit., pp. 807.

⁷³ FRANCK, Thomas, op cit. The international role of equity-as-fairness. Georgetown Law Journal 81(3) Marzo 1993. Pp. 565. Traducción Propia.

Por otro lado, el principio estoppel prohíbe que un Estado altere o modifique su conducta en relación a una determinada circunstancia internacional con el objeto de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. De esta forma impone el deber sobre los Estados de abstenerse de llevar a cabo una conducta inconsistente respecto a lo que ha sido la conducta histórica frente a los demás Estados. Este principio se basa a su vez en el principio de buena fe que debe rodear las relaciones inter estatales y ha sido aplicado, por ejemplo, con ocasión de los diferendos de Meuse y el caso Tinoco.

Finalmente el principio de aquiescencia permite justificar una situación de hecho como amparada por el derecho en la medida que el Estado afectado mantenga una actitud pasiva. En otras palabras, este principio precluye el derecho de un Estado que, a sabiendas de la pretensión de otro Estado, mantiene una actitud pasiva de silencio o ausencia de protesta. Este principio se manifestó en el caso Pesquerías de 1951, entre Reino Unido y Noruega y en el caso Temple of Preah Vihear entre Camboya y Tailandia.

Sin embargo, y como ya se ha dicho, las Cortes Internacionales han recurrido a otros principios en la aplicación de la equidad. Por ejemplo, respecto a la aplicación de la Convención de Ginebra la Corte ha considerado el principio de proporcionalidad, además de criterios como las circunstancias especiales, la equidistancia⁷⁴ y la trascendencia económica de los territorios disputados, entre otros.

Cabe, no obstante tener presente la distinción que Weeramantry realiza a este respecto: “Los principios de equidad en esta discusión (refiriéndose al derecho del mar) son tomados para incluir conceptos, normas de derecho duro, y estándares o principios en un sentido amplio y no hay necesidad en esta discusión para refinar aún más esta categoría. La importante distinción perfilada por juristas entre normas de derecho duro y estándares o principios no es por tanto usada para los propósitos de esta

⁷⁴ Por ejemplo, la Corte, en el caso de Jan Mayen, tras un largo razonamiento, resolvió: “que el empleo del método de la delimitación de la equidistancia no era obligatorio entre las partes; que ningún otro método único de delimitación era en todas las circunstancias obligatorio; que la delimitación había de efectuarse por acuerdo, de conformidad con principios equitativos y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes...” NACIONES UNIDAS. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1992-1996 (st/leg/ser.f/1/Add.1). [En línea] <http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/ST-LEG-SER-F-1-Add1_S.pdf> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]

clasificación, y el término “principios de equidad” debe ser leído como cubriendo todos estos”⁷⁵.

En síntesis, de la equidad en un carácter general y aplicable a cualquier ámbito internacional es posible derivar ciertos principios, como adquiescencia, stoppel y enriquecimiento injusto, ya que como señaló Franck ellos constituyen el núcleo de principios que fueron considerados para consagrar la equidad en el Estatuto de la CIJ; pero además, en ciertos ámbitos acotados como derecho del mar, es posible establecer relaciones con otros principios que se encuentran arraigados en la tradición jurídica y que existen con independencia de la equidad. A lo anterior debe agregarse la inclusión de conceptos, nociones y consideraciones que de por sí no poseen necesariamente carácter jurídico, como por ejemplo la trascendencia económica de los territorios disputados.

Ahora bien, que las Cortes puedan a través de la equidad reunir aquellos principios y criterios que consideren más apropiados para la solución de la controversia tiene que ver con el hecho que la equidad provee, un medio de razonamiento orientado a la obtención de una decisión justa⁷⁶.

Bajo esta lectura, es posible afirmar que la equidad es un modo de argumentación e interpretación del ordenamiento jurídico internacional que tiene por objetivo ofrecer una respuesta particular para un caso concreto. Al respecto, el juez Weeramantry señala: “Una de las funciones más importantes de la aproximación equitativa en todo proceso judicial es proveer un método de interpretación. Mediante esta se puede relacionar

⁷⁵ Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, ICJ Reports 1993. Separate Opinion Judge Weeramantry. Pp. 219, Párrafo. 22.

⁷⁶ El requerimiento de justicia implica que la equidad se debe evaluar en concreto. Según Gomez Robledo, la Corte ha señalado, a propósito de la delimitación de la Plataforma continental entre Reino Unido y Francia de 1977: “En la medida que el principio de equidad interviene desde el punto de vista del resultado que se trata de obtener, no puede entonces pretenderse que el mismo introduzca inevitablemente una incertidumbre jurídica en toda operación de delimitación, pues no está implicando ninguna idea de justicia abstracta que corra el riesgo de abrir la vía a evaluaciones arbitrarias.

Al contrario, como lo subrayó en varias ocasiones el tribunal, la equidad debe apreciarse in concreto, tomado (SIC) en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso –que no pueden considerarse puramente subjetivas- ya que el fin es lograr una delimitación que sea equitativa para las partes en controversia”. GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. Panorama del derecho mexicano. Derecho del Mar. Universidad Nacional Autónoma de Mexico.1997. Pp. 56.

interpretativamente una regla de derecho, un documento, o incluso de un conjunto de hechos. En este sentido interpretaciones literales, y formalistas contrastan con interpretaciones liberales, basadas en aproximaciones equitativas”⁷⁷.

1.3.- Concepto de equidad intergeneracional en Derecho Internacional.

Algunos autores enseñan que el artículo 3.1 de la CMNUCC al indicar que “Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras sobre la base de la equidad...” estaría haciendo referencia a otro tipo de equidad, la denominada equidad intergeneracional.

Este tipo de equidad puede ser comprendida como una suerte de variante o derivación de la equidad que hasta aquí se ha tratado, en la medida que ambas comparten caracteres comunes, pero difieren en los fundamentos y las tradiciones jurídicas sobre las cuales se erigen, lo cual repercute en que las consecuencias derivadas en el campo del cambio climático sean también diferentes.

A este respecto los miembros de ILA señalan: “En el pasado reciente, dos nuevas concepciones de equidad han sido invocadas en el campo del Derecho Internacional Ambiental equidad intergeneracional y equidad intrageneracional. Estas nociones de equidad difieren en carácter de la noción general de equidad en las siguientes vías: Primero, ostentan contenido y dirección substantiva, en tanto que su aplicación a situaciones particulares conducen a resultados específicos. Segundo, el marco conceptual de estas equidades testea los límites del Derecho Internacional en varios aspectos, como por ejemplo, en cuanto al tiempo, los principios de soberanía, igualdad entre Estados, etc., sin suficiente explicación teórica. Tercero, sus implicaciones

⁷⁷ Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, ICJ Reports 1993. Separate Opinion Judge Weeramantry. Pp. 249, párrafo. 129.

legales no son claras. En particular no es claro cómo estos conceptos serán aplicados en contextos particulares y qué consecuencias podrían surgir de dicha aplicación”⁷⁸.

En este sentido conviene puntualizar que la equidad intergeneracional no se agota en el ámbito meramente ambiental, sino que desborda e irradia otras áreas del Derecho Internacional público, especialmente en aquellas materias relativas a derechos humanos. En cuanto al tratamiento diferenciado de ambas equidades es preciso señalar que la equidad intergeneracional se aparta de la equidad tradicionalmente concebida pues surge de una problemática diferente, como es el reparto de cargas y beneficios en relación a los recursos naturales que son compartidos por toda la humanidad.

Sin intentar responder a las inquietudes de los miembros de ILA, a continuación se expondrán los antecedentes, tanto filosóficos como jurídicos que subyacen a la equidad intergeneracional, los principales conceptos asociados, los principios sugeridos por la doctrina y las manifestaciones a nivel jurisprudencial y de tratados. El objetivo de esta revisión es recrear el marco teórico sobre el cual se erigiría la equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC y las consecuencias que podrían obtenerse de una interpretación bajo dicho marco.

ILA, siguiendo a Brown Weiss, define la equidad intergeneracional de la siguiente manera: “el derecho de las futuras generaciones a disfrutar un justo nivel del patrimonio común”. Esta definición sintetiza lo expresado al respecto por el informe Brundtland: “la equidad intergeneracional es el principio de ordenación de las sociedades humanas que posibilitará para cada generación, en virtud de su propio esfuerzo y responsabilidad, asegurar una parte proporcional en los bienes comunes de la especie humana”⁷⁹.

Esta definición puede ser complementada con lo expresado por Brown Weiss, al señalar que esta equidad “se concentra en la relación intrínseca que cada generación tiene con otras generaciones, pasadas y futuras, en cuanto al uso del patrimonio

⁷⁸ Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 366.

⁷⁹ NACIONES UNIDAS. Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future 1987. [En línea] <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]

común de los recursos naturales y culturales de nuestro planeta. La propuesta inicial es que, cada generación es, a la vez, custodia y usuaria de nuestro patrimonio común natural y vegetal”⁸⁰.

Desde ya conviene anticipar que de la equidad intergeneracional se deriva la equidad intrageneracional como una consecuencia lógica: “La Comisión Bruntland enfatizó que la equidad intergeneracional es lógicamente extensible a la equidad dentro de cada generación, es decir, a la equidad intrageneracional. La equidad intrageneracional y la equidad intergeneracional se complementan entre sí, limitando una a la otra”⁸¹.

Por consiguiente, la equidad intrageneracional ha sido definida como: “el derecho de todas las personas dentro de la actual generación a un justo derecho de acceso a los actuales recursos naturales de la tierra”⁸². Los mismos autores desarrollan a continuación el concepto de equidad intrageneracional en los siguientes términos: “La equidad intrageneracional está llamada a enfrentar la grave asimetría socio económica en el acceso y uso de los recursos, dentro y entre las sociedades y naciones que tienen una degradación ambiental exacerbada y la incapacidad de una gran parte de la humanidad de satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas. En su nivel mínimo la equidad intrageneracional significa “que cada uno tiene derecho a sus necesidades de vida: comida, abrigo, salud, educación, e infraestructura esencial para la organización social.”⁸³

Por último, cabe hacer presente que, según la teoría de la equidad intergeneracional, todos los países tienen obligaciones intrageneracionales hacia las

⁸⁰ BROWN WEISS, Edith Brown. Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Madrid. Ediciones Mundi-Prensa, 1999. Pp. 54.

⁸¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. The Sophia Conference (2012). Legal Principles Relating to Climate Change. [En Línea] < <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/4FBED782-B7F9-4195-9877E671452CBC45>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]. Pp.14.

⁸² “the rights of all peoples within the current generation of fair access to the current generation’s entitlement to the Earth’s natural resources”. En: CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW. Draft Working Paper. The Principle of Equity and the Eradication of Poverty [En línea] <http://www.worldfuturecouncil.org/fileadmin/user_upload/papers/CISDL_P2_Equityetc.pdf> [Consulta el 09 de Diciembre de 2014]. Traducción propia

⁸³ Íbidem.

futuras generaciones consideradas en su conjunto, independientemente de su nacionalidad.⁸⁴ En otras palabras, tanto para la equidad intergeneracional como para la intrageneracional no debe hacerse distinción en cuanto a la nacionalidad de los sujetos miembros de cada generación.

Sin embargo, para comprender el significado de las definiciones antes descritas, es imprescindible revisar dos elementos que componen expresamente el concepto de equidad intergeneracional y tácitamente el de equidad intrageneracional: la noción de futuras generaciones y la noción de patrimonio común de la humanidad.

I.- Noción de futuras generaciones.

Para entender a qué se refiere el término futuras generaciones conviene tener presente que la equidad intergeneracional es una equidad cuyos efectos se manifiestan a través del tiempo. La idea de futuras generaciones dice relación con considerar los efectos causados sobre el patrimonio común de la humanidad para amplios periodos de tiempo, o si se quiere, desde un momento presente o posterior, hasta el infinito.

Sin embargo, la ausencia de un criterio temporal exacto conduce a dos problemas: en primer lugar, al desarrollarse la especie humana como un continuo, se hace imposible discernir el momento exacto en que una generación da paso a otra, pues en la práctica lo que sucede simplemente es que sujetos reemplazan a otros. En consecuencia, desde una perspectiva abstracta, las futuras generaciones podrían nunca materializarse y por tanto desvanecer los deberes que bajo esta teoría se pretende justificar. En segundo lugar, la ausencia de un límite temporal hacia el futuro podría dar cabida a la existencia de deberes amplísimos respecto a horizontes de tiempo desconocidos, lo cual solo contribuiría al debilitamiento de esta clase de equidad.

⁸⁴ Véase: BROWN WEISS, Edith, op cit. Pp. 59.

Por este motivo, autores como Burns han intentado precisar cuáles podrían ser estas futuras generaciones⁸⁵, señalando: “El significado de “futuras generaciones” va desde los niños de hoy hasta aquellas personas aún no nacidas y distantes ilimitadamente en el futuro, recordando a las “personas remotas del futuro” definidas por un teórico internacional como “aquellas que existirán después que los que ahora existen hayan dejado de existir”⁸⁶.

Para este autor, las generaciones futuras no sólo se componen de los aún no nacidos, sino también de los niños (entendido como aquellos sujetos de derechos que no pueden ejercitarlos por sí mismos). En otras palabras, las generaciones futuras existirían ya en el presente, pero su horizonte hacia el futuro es incierto.

No obstante, a reglón seguido reconoce que la amplitud de una conceptualización de este tipo plantearía una importante dificultad, toda vez que no se advierten motivos por los cuales las personas del presente empatizarán con las del futuro al punto de anteponer sus propias necesidades en favor de aquellos. Asimismo es poco probable que perciban la necesidad y urgencia de actuar respecto de problemas ambientales con consecuencias en quienes aún no existentes. Además de lo anterior, los horizontes de los problemas a que pueden verse afectadas las futuras generaciones varían caso a caso en relación a la naturaleza de dichos problemas, no siendo por tanto, fácilmente predecibles⁸⁷.

Por consiguiente, para el problema específico del cambio climático este autor, al alero de lo sugerido por Elise Boulding, propone “pensar en un lapso de tiempo que él

⁸⁵ Cabe destacar que este autor advierte la importancia de una consideración temporal en la medida que: “en contextos ecológicos (el cambio climático incluido) no hay razones teóricas que justifiquen que personas remotas no nacidas no deban ser consideradas aproximadamente con la misma deferencia que las personas viviendo hoy en día, o las que pronto les seguirán.” BURNS H. Weston. Climate Change And Intergenerational Justice: Foundational Reflections [En Línea] <www.Vjel.Org/Journal/Pdf/Vjel10067.Pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014] Pp.384. Traducción propia.

⁸⁶ Véase: BURNS, Weston, op. cit. Pp. 383.

⁸⁷ “Parece sabio, por consiguiente, no intentar establecer un horizonte único para todas las circunstancias, sino más bien, permitir que las circunstancias determinen los horizontes temporales más útiles para las necesidades circunstanciales. “Parece razonable”, escribe el filósofo ambientalista Bryan Norton, “usar escalas breves de tiempo para considerar algunos riesgos y largas escalas de tiempo para otros problemas. (tales como almacenamiento de desechos radioactivos”. Véase: BURNS, Weston, Pp. 386.

llama “doscientos años presentes”... este comienza cien años antes del día de hoy (...) y termina dentro de cien años”⁸⁸. Bajo este paradigma, es posible considerar a las personas desde aquella pequeña fracción que tiene cien años o más, hasta los niños que están naciendo en este momento y que podrían vivir cien años. De este modo, dice Burns, es posible desembarazarse del problema de la identidad generacional respecto de las generaciones futuras, personalizar nuestra concepción del patrimonio heredado desde el pasado y “no perjudicar a las personas remotas del futuro, porque el otro límite del presente (aproximadamente 100 años) es un momento en continuo movimiento”⁸⁹.

Por supuesto, la visión de este autor no es definitiva. A través de ella simplemente se busca poner de relieve, que la manera en que se conforma la generación futura es trascendental a efectos de distinguir las consecuencias que se pueden derivar de esta clase de equidad y por tanto la configuración de la generación futura debe ser establecida de antemano para cualquier caso, no siendo el ámbito del cambio climático una excepción.

II.- Noción de Patrimonio Común de la Humanidad.

De la definición de equidad intergeneracional fluye la relación entre dicho concepto y la noción de patrimonio común de la humanidad. Por ello, en segundo lugar, es necesario referirse al “patrimonio común” sobre los recursos naturales y culturales de nuestro planeta.

Esta expresión, familiar hoy en día, comenzó a ser utilizada hace sesenta años, cuando la comunidad internacional advirtió la necesidad de regular el medioambiente fuera de las fronteras estatales, ante la explotación irracional de la que estaba siendo objeto. Desde allí se difunde hacia otros ámbitos que se caracterizan por regular objetos que hasta ese momento se mantenían al margen del derecho, y que a su vez

⁸⁸ Véase: BURNS, Weston, Pp. 387.

⁸⁹ Íbidem.

se caracterizaban por carecer de dominio y proveer utilidad al hombre, como es el caso, entre otros, de la luna, la Antártida y el espacio atmosférico.

Mönckeberg afirma que esta terminología surge en el contexto de las discusiones de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1967, a propósito de la regulación de los fondos marinos⁹⁰ y de ahí irradia a otros instrumentos internacionales tales como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974⁹¹ y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el preámbulo y en diferentes disposiciones a lo largo del texto.

Entre estas normas destaca especialmente el artículo 136, en el cual se eleva el patrimonio común a la categoría de principio que rige la zona y sus recursos⁹². Tras este análisis, el autor llama la atención sobre la incongruencia entre el escaso desarrollo dogmático de este principio en relación al amplio espacio territorial sobre el cual está llamado a regular⁹³.

Sin embargo, y como se anticipó, a través de la noción de patrimonio común no sólo se alude a los fondos marinos y más ampliamente al derecho del mar, sino también a otros territorios (y sus recursos), sobre los cuales los Estados ejercen soberanía, por ejemplo, el territorio Antártico, la atmósfera y el espacio exterior. Inmediatamente es posible advertir que esta figura jurídica puede confundirse con las categorías de res nullius (cosas que no pertenecen a nadie, pero susceptible de apropiación por el primer ocupante) y res communis (cosas que todos pueden gozar pero que no son susceptibles de apropiación) del Derecho Internacional.

En este sentido, Mönckeberg observa que el concepto de patrimonio común surge justamente frente a la débil regulación que las categorías tradicionales ofrecen

⁹⁰ MÖNCKEBERG, Francisco. La defensa del patrimonio y de las preocupaciones comunes de la Humanidad. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2012) N° 38. Pp. 696

⁹¹ Artículo 29: "Los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como los recursos de la zona, son patrimonio común de la Humanidad..."

⁹² Artículo 136: La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.

⁹³ Recuérdese que la zona, según está definida en la UNCLOS, comprende "los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional"

respecto a los derechos de goce y conservación que esta clase de bienes requieren, en relación a las posibilidades de explotación que la tecnología actualmente provee⁹⁴.

Se extrae, como consecuencia de la noción de patrimonio común, el deber de repartición equitativa de las riquezas. El razonamiento que permite arribar a esta conclusión es que este patrimonio es común para todos los individuos, con independencia de la posición que cada sujeto ocupe en el tiempo y el espacio. El patrimonio es común respecto de toda la humanidad considerada en su conjunto, lo cual comprende tanto a los que precedieron, como a los sujetos actuales y los que vendrán. En otras palabras, la humanidad es concebida como heredera de un patrimonio común, compartido por todos y cada uno de los miembros que la componen a través del tiempo.⁹⁵

En conclusión, la noción de patrimonio común de toda la humanidad establece el deber de repartición equitativa de la riqueza y, para satisfacer este deber, se deben hallar aquellos criterios de justicia orientados a la conservación y explotación de estos bienes, y a la distribución de cargas y beneficios. Este conjunto de derechos y deberes de carácter moral, a pesar de carecer actualmente de obligatoriedad jurídica, pueden fundamentar a posteriori la existencia de normas vinculantes.

Es posible hallar referencias a la equidad intergeneracional en el informe Bruntland, dentro del cual la relación con el principio del desarrollo sustentable es indisociable⁹⁶

⁹⁴ Véase: MÖNCKEBERG, Francisco, op cit. Pp. 690.

⁹⁵ Muy ligada a la idea de patrimonio común se encuentra la noción de “preocupaciones comunes” o “intereses comunes”, según sea la traducción a la expresión “common concern”, todas las cuales aluden al interés respecto de las problemáticas de carácter ambiental que no se encuentran circunscritas a un territorio determinado. En consecuencia, las preocupaciones comunes expresan “una preocupación esencial y colectiva por este medio del cual participan los hombres”. Véase: MÖNCKEBERG, Francisco, op. cit. Pp. 702. La relevancia de esta expresión proviene del hecho que el preámbulo de la CMNUCC establece que los cambios climáticos son una preocupación común de la humanidad y en consecuencia es posible reconocer un lenguaje particular inspirando a la Convención.

⁹⁶ También es posible hallar referencias a la equidad intergeneracional y el desarrollo sustentable en Foy, quien citando a Sands, desprende cuatro elementos legales del concepto clásico de desarrollo sustentable: “Primero, la necesidad de preservar los recursos naturales para el beneficio de las futuras generaciones (Principio de equidad Intergeneracional). Segundo, el propósito de explotar los recursos naturales de una forma que sea “sostenible”, o “prudente”, o “racional”, o “adecuada” o “apropiada” (Principio de Uso Sostenible). Tercero, el equitativo uso de los recursos naturales que implica que este uso por cada Estado debería tomar en cuenta

“En la raíz del desarrollo sustentable está la convicción que los recursos de la tierra pertenecen a todas las generaciones. De ahí se sigue, por consiguiente, que las generaciones presentes no tienen derecho a intervenir irreversible y exhaustivamente en las relaciones humanas con el mundo natural como para privar a las futuras generaciones de sus oportunidades de bienestar ambiental social y económico. Ningún país, continente o generación tiene un derecho exclusivo a los recursos naturales de la tierra. Estos recursos han sido entregados de las generaciones pasadas y consecuentemente, las generaciones presentes tienen una obligación de transmitirlos en buenas e incluso mejores condiciones a la posteridad.”⁹⁷

La relación entre el concepto del desarrollo sustentable y la equidad intergeneracional es también destacada por Barral, quien descompone el concepto de desarrollo sustentable, asociando a cada componente del desarrollo sustentable un tipo de equidad: “Una síntesis del núcleo de estos documentos [refiriéndose a la Declaración de Estocolmo de 1972 y a la Declaración de Río de 1992] muestra que el desarrollo sustentable puede ser reducido a la combinación de dos principios que pueden ser vistos como axiomáticos para comprender el desarrollo sustentable: la equidad intergeneracional e intrageneracional. La equidad intergeneracional refiere a la primera dimensión de la proposición y se relaciona con el adjetivo “sustentable”⁹⁸.

Más adelante la misma autora desarrolla esta relación entre desarrollo y equidad intergeneracional: “las elecciones de desarrollo de los Estados deben preservar el capital medioambiental manteniéndolo en fideicomiso para las futuras generaciones y asegurando que será transmitido en condiciones equivalentes a las cuales fue recibido. En otras palabras, la preservación ambiental es necesaria para asegurar la equidad

las necesidades de otros Estados (Principio de Uso Equitativo o Equidad Intergeneracional). Cuarto, la necesidad fundada en que las variables ambientales sean consideradas dentro de la economía... (Principio de Integración).” FOY Pierre [et al.]Derecho Internacional Ambiental. Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2003. Pp. 89

⁹⁷ CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW, op. cit.

⁹⁸ BARRAL, Virginie.Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of and Operation of an Evolutive Legal Norm. The European Journal of International Law.Vol. 23(2). 2012. Pp 380. Traducción Propia.

entre generaciones; sin esta la “sustentabilidad” del desarrollo no puede ser asegurada”⁹⁹

Finalmente, “la equidad intrageneracional se relaciona en esta parte a la segunda dimensión de la expresión, el “desarrollo” y requiere equidad en la distribución de los resultados del desarrollo dentro de una generación tanto internamente, (dentro de una sociedad nacional) como internacionalmente (entre Estados en desarrollo y desarrollados)”¹⁰⁰.

Bajo esta línea argumental, Brown Weiss indica que, para hacer posible la equidad intergeneracional, es necesario establecer un piso de igualdad mínimo entre las diferentes generaciones, lo cual significa que es posible hallar referencias a la equidad intergeneracional en todos aquellos cuerpos jurídicos que se refieren a la igualdad entre todos los hombres, sin una distinción en cuanto al tiempo.

La autora cita como ejemplos el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Declaración americana de derechos y deberes del hombre, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres, la Declaración sobre los derechos del niño, “y muchos otros documentos sobre derechos humanos [que] afirman que fundamentalmente los seres humanos son iguales y protegen la dignidad de todo pueblo y la igualdad de sus derechos”¹⁰¹.

En lo relativo a la preocupación jurídica respecto de “las futuras generaciones” Brown Weiss señala que ésta comenzó a ser desarrollada en diferentes tratados a partir de la Segunda Guerra Mundial. “El concepto de protección del medio ambiente natural y cultural para las generaciones futuras fue explícitamente incorporado al lenguaje de tres tratados negociados en forma contemporánea con la Declaración de Estocolmo, el Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves (1972), el Convenio sobre la prevención de la

⁹⁹ *Íbidem.*

¹⁰⁰ *Íbidem.*

¹⁰¹ Véase: BROWN WEISS, Edith, *op. cit.* Pp. 58.

contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (1972), la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (1973) y la Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural (1972).

Particularmente relevante para esta materia son los artículos 1º¹⁰² y 2º¹⁰³ de la Declaración de Estocolmo de 1972, que se refieren a la equidad intergeneracional. Esta Declaración si bien no es vinculante, marca un hito en el derecho del medioambiente por el ser la primera en establecer los principios de derecho ambiental estableciendo la pauta para la Declaración de Río de 1992 lograda por consenso tras la negociación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En consecuencia, esta última declaración recoge la equidad intergeneracional en el Principio 3º.¹⁰⁴

En el marco de la eclosión generada por esta Conferencia y la Declaración de Río se aprobaron tres importantes instrumentos internacionales relativos a temas medioambientales de características globales: la Convención sobre Desertificación, la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención Marco sobre Cambio Climático. Estas tres Convenciones tienen como factor común referirse a la equidad intergeneracional. En este sentido, “numerosas secciones de la Convención sobre Desertificación hacen referencia al principio de equidad intrageneracional. Por ejemplo, el artículo 3(b) llama a las Partes a “encauzar mejor los recursos financieros, humanos, de organización y técnicos adonde se necesiten” y las secciones 2 y 3 de la Parte III tratan ampliamente con la transferencia de tecnología y el uso de recursos de los países desarrollados para asistir a los más pobres en lograr sus objetivos bajo la

¹⁰² PRINCIPIO 1. “El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente 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 ambiente para las generaciones presentes y futuras...”

¹⁰³ PRINCIPIO 2. Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

¹⁰⁴ PRINCIPIO 3. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.

Convención (...) Además el prólogo de esta Convención declara la determinación de los Estados Partes “a tomar acciones apropiadas en combatir la desertificación y mitigar los efectos de la sequía para el beneficio de las generaciones presentes y futuras”¹⁰⁵.

Por su parte, “el Convenio sobre Biodiversidad expresa la determinación de los Estados a “conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones actuales y futuras”, mientras reconocen que “el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza son prioridades básicas y fundamentales de los países en desarrollo”¹⁰⁶.

Finalmente, respecto de la UNFCCC estos autores constatan la existencia de la equidad intergeneracional en el preámbulo de la Convención: “Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas”.

Al margen del desarrollo de la equidad intergeneracional dentro del contexto de la Declaración de Río existen numerosos instrumentos internacionales, tanto vinculantes como no vinculantes, que se refieren a la equidad intergeneracional¹⁰⁷. En otras palabras, es posible constatar una amplia incorporación a nivel de tratados de la llamada equidad intergeneracional. Esto nos habla del nivel de consenso que este tipo

¹⁰⁵ Véase: CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW, op. cit. Pp. 12.

¹⁰⁶ Véase: CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW, op. cit. Pp. 13.

¹⁰⁷ Dentro del catálogo que señala Hepburn y Khalfan, se cuenta: la Convención Internacional para la Regulación de las Ballenas, Convenio Sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, la Convención Sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, la Convención Africana sobre Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, la Convención Sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). “Además, apuntan al mismo objetivo el Convenio Regional Para La Conservación Del Medio Ambiente del Mar Rojo Y El Golfo De Adén, la Convención sobre la Conservación de la Naturaleza del Pacífico Sur, La Convención de Bonn, la Convención de Nairobi y el Acuerdo sobre Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales. Véase: CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW, op. cit. Pp. 14.

de concepto genera a nivel internacional, lo cual a futuro podría incluso fundamentar la existencia de una costumbre internacional al respecto.

Este optimismo, sin embargo, debe ser matizado con la verificación, que por regla general, esta equidad no genera obligaciones vinculantes para los estados partes, ya sea porque no va aparejada de obligaciones substantivas, o bien porque la incorporación es efectuada en la parte preambular de los tratados.

En lo que respecta a la jurisprudencia de la CIJ, existen tres opiniones disidentes que se refieren a la equidad intergeneracional¹⁰⁸. Si bien, el alcance jurídico de estas opiniones es reducido, en cuanto a que los fallos de la Corte no son fuente de derecho, ni tampoco reflejan la opinión mayoritaria ni definitiva de la Corte, son igualmente relevantes en tanto contribuyen a la definición de la equidad intergeneracional, dotándola de mayor precisión en lo que a su contenido refiere.

Hasta aquí se ha ofrecido un panorama general sobre los fundamentos de la equidad intergeneracional, tras el cual se ha intentado exhibir dos particularidades: por una parte, el alto grado de consagración a nivel de tratados y por otra la ausencia de una relación entre este concepto y obligaciones substantivas. Asimismo, se ha mencionado que para la construcción de estos estándares substantivos se hace

¹⁰⁸ Éstas son: La opiniones disidentes del Juez Weeramantry, en el caso referente a la delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen, en el caso denominado Test Nucleares (Nueva Zelanda versus Francia) y la opinión disidente del Juez Ammoun, en el caso concerniente al Barcelona Traction Light and Power Company Limited.

La opinión disidente del juez Weeramatry en el caso de los Test Nucleares señala: "Nueva Zelanda reclama que los derechos afectados no son solo relativos a los derechos de las personas que actualmente existen. El derecho de los neozelandeses incluyen también a los no nacidos. Aquellos son derechos que una nación debe y de hecho está obligada a proteger."

En la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares se puede apreciar que la CIJ señala que el Derecho Internacional no contiene una autorización o prohibición general en la materia pudiendo ser contraria al derecho de la Guerra y especialmente a las reglas de derecho humanitario, pero sin embargo podía justificarse su uso en caso extremos de autodefensa. En otras palabras, la Corte no resuelve de manera definitiva, sin embargo, se refiere a la equidad intergeneracional dentro de sus consideraciones: "es imperativo para la Corte tomar en cuenta las características únicas de las armas nucleares, y en particular... su capacidad para dañar a las generaciones por venir".

El juez Weeramatry, en cambio, va más allá en su argumentación valiéndose para ello de la equidad intergeneracional: "se debe notar en este contexto que los derechos de las futuras generaciones han pasado la etapa en que eran un derecho embrionario luchando por reconocimiento". BROWN BROWN WEISS [et al.] *International Environmental Law*. Aspen Publishers. 2006. Pp. 69. Traducción propia.

necesario establecer aquellos criterios que sirvan para dotarla de contenido vinculante en cada contexto específico. A este respecto, Brown Weiss proporciona una estructura conceptual a través de la cual, los criterios equitativos pueden organizarse según dos posiciones contrapuestas del hombre respecto al medio en que se inserta: la preservacionista y la conservacionista. A estos enfoques nos referiremos a continuación.

Por una parte está el enfoque que Brown Weiss denomina preservacionista, por el cual, “la actual generación no consume nada; más bien guarda todos los recursos para generaciones futuras y preserva el mismo nivel de calidad en todos los aspectos del medio ambiente”¹⁰⁹. En razón de ello, las actuales generaciones deben abstenerse de explotar los recursos naturales por sobre el nivel de subsistencia.

Asimismo, este criterio precisa distinguir entre recursos naturales renovables y no renovables, puesto que respecto de los primeros, las actuales generaciones pueden utilizar tanto como quieran, siempre y cuando sean posteriormente reemplazados. Por el contrario, la utilización de recursos no renovables debe ser restringida en la medida de lo posible y paralelamente se deben establecer medios de compensación apropiados para resarcir el deterioro generado, de manera que las generaciones futuras no vean mermadas sus posibilidades de desarrollo a partir de los actos de las generaciones precedentes.

En el extremo opuesto al preservacionismo se encuentra la posición opulenta “por la cual la actual generación consume todo lo que desea hoy y genera tanta riqueza como puede, ya sea por la incertidumbre de que las futuras generaciones existirán o porque la maximización del consumo hoy es la mejor manera de maximizar la riqueza para las futuras generaciones”¹¹⁰.

Esta perspectiva parte de dos premisas: la primera plantea que frente a la incertidumbre sobre la existencia de las generaciones futuras¹¹¹, lo más razonable es

¹⁰⁹ Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 55.

¹¹⁰ Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 56.

¹¹¹ Esta incertidumbre se basa en la duda si éstas generaciones llegarán a existir en el futuro, y de ser así si acaso éstas generaciones futuras no son el resultado de la situación presente. La paradoja de Parfit recoge esta idea señalando que son precisamente las condiciones del

explotar los recursos actuales en la búsqueda del mayor bienestar para las actuales generaciones. La segunda, que mediante esta explotación intensiva de recursos, las generaciones actuales entregarán mejores condiciones de subsistencia para las generaciones futuras en cuanto a desarrollo tecnológico¹¹².

Como se puede apreciar, ambas perspectivas llevadas al extremo conducen a soluciones indeseables. La utilización de la primera por ejemplo, concedería argumentos por los cuales no se permitiría realizar ninguna actividad que sea susceptible de afectar el medio ambiente, y por definición toda actividad humana afecta de manera más o menos significativa el espacio que le rodea. La segunda, al erigirse sobre la incertidumbre, conduciría a todas las generaciones a comportarse como si fuesen la última en ocupar el planeta, con lo cual la devastación ambiental solo sería significativa dentro del tiempo que a cada generación le toca ocupar, obviando de paso el carácter auto reproductivo de la especie.

Por consiguiente, la equidad intergeneracional estaría llamada a proveer los argumentos que en cada caso específico justificarían la matización en la elección por alguna de estas posiciones particulares.

1.4.- Estándares que se deducen de la equidad intergeneracional.

Brown Weiss destaca que, de manera creciente, la equidad (sin apellido) se está invocando como sinónimo de “estándares equitativos para asignar y compartir recursos

presente las que determinan la existencia de individuos en el futuro, de lo cual se deduce que resulta contradictorio que las generaciones futuras reprochen a sus antecesores precisamente por haberles posibilitado en existencia.

¹¹² Una suposición que no es pacífica. Por el contrario, Henderson sostiene: “La capacidad para crear serios e irreversibles daños ambientales hacia el futuro significa que no podemos asumir que las ganancias del desarrollo económico presente sean mayores que las pérdidas ambientales, y por consiguiente, asegurar que las generaciones futuras estarán mejor que las precedentes” HENDERSON Gail. Rawls & Sustainable Development. [En Línea] <http://www.mcgill.ca/jsdlp/sites/mcgill.ca/jsdlp/files/7_1_1_henderson.pdf> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]. Traducción propia.

y beneficios”, citando como ejemplo de su afirmación, las provisiones contenidas en la Convención sobre Derecho del Mar. A continuación señala que esta forma de razonar –extraer principios equitativos desde la equidad- es posible de ser extrapolada a la equidad intergeneracional: “El uso de la equidad para proporcionar estándares equitativos para asignar y compartir recursos y beneficios sienta las bases para el desarrollo de los principios¹¹³ de la equidad intergeneracional. Estos principios pueden desarrollarse a partir del creciente uso por parte de la Corte Internacional de Justicia de principios equitativos para alcanzar un resultado que la Corte ve como adecuado y justo”¹¹⁴.

En consecuencia, la equidad intergeneracional se construye de la misma manera que la equidad, es decir, mediante la aplicación -bajo cierto grado de libertad- de estándares equitativos que a su vez son el resultado razonado de criterios que se asocian a la problemática específica en la cual se desea aplicar.

De ello se sigue que, para la autora, sea posible reconocer cuatro criterios que permiten identificar los estándares subyacentes a la equidad intergeneracional: “primero los principios deben alentar la igualdad entre las generaciones, sin autorizar a la actual generación a explotar los recursos de manera que priven de ellos a las generaciones futuras, ni tampoco imponer a la actual cargas irrazonables con el fin de satisfacer necesidades futuras indeterminadas. Segundo, no deben precisar que una generación prediga los valores de las futuras generaciones; deben proporcionarles a éstas cierta flexibilidad para alcanzar sus metas según sus propios valores.¹¹⁵ Tercero, deben ser razonablemente claros en su aplicación a situaciones previsibles. Cuarto,

¹¹³ Es necesario advertir que la autora utiliza el término principios para referirse a aquellos estándares que es posible deducir de los criterios que se desprenden de la equidad intergeneracional. Aquí se optará por utilizar el término estándar de equidad con el objeto de apartarse de las confusiones que implica la utilización del término principio.

¹¹⁴ Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 68.

¹¹⁵ Más adelante la misma autora precisa: “Los principios propuestos no requieren predicciones acerca de las preferencias de las generaciones futuras. Sería difícil, si no imposible, predecir estas preferencias, ya sea porque sus valores y por ende sus preferencias cambiarán con el tiempo, o bien porque los desarrollos tecnológicos pueden alterar las opciones disponibles sobre las cuales se basarán dichas preferencias. Los principios propuestos procuran, mínimamente, asegurar para las futuras generaciones una base de recursos naturales y culturales que sea razonablemente segura y flexible, y garantizar para la actual un ambiente humano relativamente saludable y decente. Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 70.

deben ser generalmente compartidos por distintas tradiciones culturales y ser aceptables, en general, para diferentes sistemas políticos y económicos”¹¹⁶.

En otras palabras, por el primer criterio se procura asegurar la igualdad entre las generaciones. Ésta debe manifestarse no sólo en la posibilidad de usar y gozar de los recursos naturales, sino también en el reparto igualitario de cargas que impone la conservación de los recursos para las futuras generaciones. Vale decir, mediante este criterio se busca además garantizar que las diferentes generaciones no asuman cargas excesivas al punto de ser sacrificadas en beneficio de otras generaciones.

El segundo criterio corresponde al deber de abstención por parte de la presente generación para intentar predecir las elecciones de las generaciones futuras. Este puede ser ilustrado mediante el ejemplo del árbol de plástico de Barry, por el cual se justifica la tala de los bosques para el beneficio de las generaciones futuras suponiendo que estas últimas podrían conformarse con árboles de plástico en lugar de los reales¹¹⁷. Sin embargo, el principio indica que no existen argumentos que permitan favorecer una posición por sobre la otra, por lo tanto lo más razonable es una abstención general de parte de una generación para determinar las elecciones de otra.

Los requisitos tercero y cuarto dicen relación con la exigencia habitual de claridad y generalidad de las normas, lo cual se desdibuja respecto a los principios, en cuanto su status normativo es una cuestión no resuelta y por lo tanto su aplicación puede resultar confusa y arbitraria. En efecto, la claridad en la aplicación a situaciones previsibles tiene que ver con que en la práctica, la interpretación sea la misma para todos los casos. Lo mismo sucede con la exigencia de generalidad de los principios, por la cual se busca lograr uniformidad y predictibilidad de los principios en su aplicación¹¹⁸.

¹¹⁶ Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 69.

¹¹⁷ Véase: HENDERSON Gail, op. cit. Pp 5.

¹¹⁸ No obstante, el último principio despierta ciertas suspicacias, asociadas al fenómeno del etnocentrismo. La mención a “principios compartidos por distintas tradiciones culturales y ser aceptables, en general, para diferentes sistemas políticos y económicos”, se relaciona directamente con la posibilidad de generalizar las preferencias sociales y simultáneamente occidentalizarlas, vale decir, medir su nivel de idoneidad de acuerdo a los parámetros occidentales, en lugar de respetar las diferencias.

Bajo la aplicación de los criterios señalados anteriormente la autora propone tres principios (que aquí se denominan estándares de equidad): El primero se denomina “conservación de opciones”, y consiste en que cada generación debe ser compelida a conservar la diversidad de recursos naturales y culturales, a fin de no restringir indebidamente las opciones disponibles a las futuras generaciones para la solución de sus problemas y para la satisfacción de sus propios valores¹¹⁹.

En otras palabras, la aplicación de este estándar debiera considerar privilegiar aquellas opciones que permitan la preservación de aquellos bienes considerados como únicos, frágiles o de muy difícil reemplazo, o lo que es lo mismo, incluir dentro de las funciones, las características del bien involucrado.

En segundo lugar encontramos el estándar de “conservación de calidad”, el cual supone que el patrimonio planetario no debe ser transmitido en condiciones inferiores a las recibidas. Este no significa mantener inalterado el medio ambiente, ya que como se ha dicho, esta opción es inviable, sino que al menos deben existir medios para compensar las pérdidas derivadas del desarrollo, de modo que las generaciones futuras no se vean perjudicadas desde el inicio por las actividades desarrolladas por la generación precedente.

En tercer lugar tenemos el estándar de “conservación de acceso”. Éste puede considerarse como la contrapartida del anterior, pero desde la perspectiva de los miembros de una misma generación. Esto implica que cada generación debe proporcionar a sus miembros derechos equitativos de acceso al legado de las generaciones pasadas y al mismo tiempo debe preservar el acceso para las futuras.

Finalmente cabe señalar que los estándares antes mencionados han sido desarrollados y aplicados al cambio climático por otros autores: “una teoría de justicia intergeneracional que parece consistente con el pensamiento que las generaciones existentes no deben privar a sus distantes generaciones futuras del medioambiente en general y de sistema climático en particular, propone que cada generación debe

¹¹⁹ Por medio de este principio se procura mantener la diversidad y calidad de los recursos naturales en el entendido que diversidad y calidad contribuye a la robustez del patrimonio ecosistémico y con ello al bienestar humano. Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 71.

trasmitir a la siguiente una parte no menos abundante de los recursos que ha heredado de las generaciones pasadas. De acuerdo a una influyente versión de la teoría propuesta por Barry, el consumo de recursos naturales no renovables en el tiempo “debe ser compensada en el sentido que la última generación “no debe quedar peor”... de lo que ella podría tener sin el agotamiento de recursos...”¹²⁰

Hasta aquí se ha expuesto la equidad según las diferentes interpretaciones del significado que le corresponde. Esta labor se ha llevado a cabo por la vía de mostrar un panorama general del tratamiento dado a la equidad ya sea como una asimilación de los desarrollos de la equidad en sede internacional, o bien bajo el relativamente reciente concepto de equidad intergeneracional. En ambos casos se ha procurado exponer en qué consisten tales líneas argumentales, resaltando aquellos elementos que parecen útiles para la perspectiva que en esta investigación pretende ofrecer.

En cuanto a la evolución de la equidad en Derecho Internacional, los elementos útiles a rescatar para el ámbito del cambio climático se pueden resumir en las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, la equidad en su sentido más básico se asocia a la idea de justicia aplicada a un caso particular, por la cual se permite alterar la igualdad formal de las partes, ponderando aquellas circunstancias no consideradas en la norma. Esta equidad considera dos dimensiones, una de carácter formal, que se satisface mediante aquellas reglas que aseguran una igualitaria participación de las partes involucradas; y otra de carácter substantiva.

Esta última dimensión admite a su vez dos perspectivas: una distributiva, orientada a distribuir beneficios y cargas con el propósito de atenuar aquellas desigualdades excesivas entre las partes; y otra correctiva cuyo propósito es atribuir responsabilidad a una parte sobre un resultado injusto, como es el caso del aumento de emisiones de gases de efecto invernadero.

¹²⁰ PAGE Edward. Intergenerational Justice and Climate Change. [En Línea] <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/people/page/publications/ps1999.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]. Pp. 55. Traducción propia.

En segundo lugar, bajo este proceso argumental se pueden deducir criterios, estándares o principios, que permitan al intérprete construir la equidad para el caso concreto. Estos elementos pueden formar parte de la tradición jurídica arraigada dentro del derecho, o bien, novedosas respuestas del derecho frente a manifestaciones de la realidad. Asimismo, pueden estar basados en consideraciones de hecho -por ejemplo, las características ambientales o sociales involucradas- o valorativas, es decir propios del juicio que un tercero externo a la controversia puede realizar sobre el fenómeno, como es el caso del criterio de proporcionalidad en materia de delimitación marítima.

Sin embargo, en atención a que no existe un único concepto de justicia, ni tampoco están determinados de antemano los criterios que conforman una solución equitativa determinada, la construcción de la equidad será siempre una cuestión contingente y de carácter argumentativo. En otras palabras, mientras que el concepto de equidad es demasiado abstracto, las conceptualizaciones de equidad son variables, dependiendo del ámbito en el cual se insertan.

En tercer lugar, tanto la respuesta en equidad como los criterios que permiten construirla, no son el resultado arbitrario surgido de la imaginación del intérprete jurídico, sino la deducción fundada que a través de un procedimiento argumentativo proporciona y justifica la decisión en equidad, coherencia y homogeneidad con el resto del ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, la equidad se manifiesta de diversas maneras en las diferentes etapas a lo largo del proceso que dará lugar a la norma destinada a resolver la controversia. En este sentido resulta relevante señalar que no sólo se construye a partir de la elección de principios equitativos, procedimientos equitativos y resultados equitativos; todos los cuales sirven para establecer la equidad en sentido positivo o a priori; sino que también a posteriori, mediante un juicio negativo de los resultados obtenidos a partir de la equidad.

En lo que respecta a la equidad intergeneracional, se ha expuesto que sus antecedentes provienen de una evolución jurídica diferente, relacionada a la igualdad de todos los seres humanos a través de la historia, como asimismo de una comprensión del medio ambiente como un patrimonio común a toda la humanidad.

Sobre dicho patrimonio todos y cada uno poseemos derechos y deberes que deben ser relacionados a las cargas y beneficios resultantes del aprovechamiento del medio común.

En otras palabras, la equidad intergeneracional tiene un acentuado enfoque de justicia substantiva, en la medida que pretende resolver un problema de asignación de bienes, pero orientado a eliminar las desigualdades entre los individuos, según su pertenencia a un grupo determinado.

Asimismo, existe una marcada relación entre la equidad intergeneracional y el desarrollo sustentable, en la medida que ambos surgen de un mismo contexto y comparten ciertos aspectos. En este sentido el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2011, ha intentado develar el vínculo que existe entre equidad y sustentabilidad:

“Las inquietudes respecto de la sostenibilidad y la equidad son similares en un sentido fundamental: ambas están relacionadas con la justicia distributiva. Los procesos son injustos si son desiguales, sin importar si esto sucede entre grupos o generaciones. Sin embargo, las desigualdades son especialmente injustas cuando perjudican de manera sistemática a grupos específicos de personas, ya sea por motivos de género, raza o lugar de nacimiento, o cuando la brecha es tan profunda que hay un alto nivel de pobreza extrema” (...)

“Si bien abogamos resueltamente por considerar la sostenibilidad y la equidad en conjunto, no estamos diciendo que se trata de una misma cosa. La sostenibilidad se ocupa de un tipo de equidad –entre personas que han nacido en tiempos diferentes- y no de la actual distribución de resultados, oportunidades o capacidades. Si no fuera así no tendría sentido hablar del efecto de la equidad en la sostenibilidad”¹²¹.

¹²¹ Véase: PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos. Pp. 22.

CAPÍTULO II: SIGNIFICADO DE LA EQUIDAD DEL ARTÍCULO 3.1 DE LA CMNUCC DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA EQUIDAD TRADICIONAL E INTERGENERACIONAL.

La compleja caracterización de la equidad respecto a su naturaleza jurídica como principio, su conceptualización y contenido son el principal escollo para una lectura homogénea en el ámbito de la Convención. Esto parece ya haber sido advertido por los miembros de ella quienes, al analizar los principios relativos al cambio climático se refieren a la “noción de equidad”, aun cuando el tema sea desarrollado como uno más de los principios inspiradores de la Convención.

En términos similares pero desde una perspectiva más amplia, Sands sostiene que la equidad no forma parte de los principios de Derecho Internacional Ambiental. No obstante, le dedica un apartado en el cual reconoce que la equidad está presente en otros tratados de derecho ambiental tales como el Convenio sobre Biodiversidad de 1992 (art. 1° y 15°), el preámbulo del Protocolo de Montreal y de una manera más general, en el principio 3° de la declaración de Río¹²².

En consecuencia, nos encontramos en un atolladero en relación a la equidad, ya que es imposible clasificarla meramente como un principio del derecho internacional público y tampoco es posible adscribirla a los principios de derecho internacional ambiental. Finalmente, la expresión principios que inicia el artículo 3° tampoco indica a qué tipo de principio correspondería. Por esta razón a continuación analizaremos la historia de la Convención, para investigar si en ella existe algún indicio que permita determinar a qué corresponde dicha noción.

2.1.- Implicancias de la equidad tradicionalmente tratada en la interpretación de equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC.

¹²² Veáse: SANDS Philippe, op. Cit., Pp.204.

Las cuestiones que surgen a propósito de la conceptualización de la equidad en el régimen de cambio climático se pueden observar en dos aspectos. Por una parte en cuanto a distinguir el tipo de justicia que está llamado a servir y por la otra, que de la interpretación de la equidad se deducen un conjunto de principios jurídicos que han permitido reconstruirla para el caso específico del cambio climático.

Al analizar la discusión sobre equidad y cambio climático los autores¹²³ distinguen entre aspectos de equidad formal y substantiva. Dentro de esta última diferencian entre equidad correctiva y distributiva.

La equidad en su dimensión formal dentro del régimen del cambio climático dice relación con la observancia de ciertas prácticas, por ejemplo acceso a la información, exclusión de coercitividad en la toma de decisiones, y capacidad general de las partes para negociar en igualdad de condiciones. Según Soltau¹²⁴, los principios de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia contenidos en la Declaración de Río contribuirían a la satisfacción de este requerimiento; mientras que la Convención sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Materias Ambientales; denominada Convención de Aarhus de 1998, si bien es de carácter regional –pues solamente rige dentro de Europa- contiene lineamientos generales que podrían ser utilizados en el nivel internacional.

La relevancia de la equidad formal deriva del hecho que el régimen de cambio climático es un sistema evolutivo estructurado a través de instituciones y reglas mediante las cuales es posible crear nuevas instituciones y nuevas reglas. En consecuencia, al tratarse de un régimen abierto y dinámico cobra mayor importancia resguardar en todo momento el funcionamiento del sistema.

A propósito de lo anterior un autor realiza un diagnóstico del funcionamiento de las COP de la siguiente manera: “En los últimos años, el proceso de la Convención se ha convertido en más y más problemático, por no decir disfuncional, en que ciertos elementos que han sido crucial para su funcionamiento, tales como -el uso de los

¹²³ Así Soltau y la International Law Association.

¹²⁴ Véase: SOLTAU, Friedrich, Pp. 150.

pequeños grupos de negociación (por ejemplo, "Amigos del Presidente"), o "los textos de los presidentes"- se contaminaron a tal punto de volverse inadmisibles"¹²⁵. No obstante lo anterior, el mismo autor rescata la utilidad de ambos: mientras los pequeños grupos de negociación permiten agilizar negociaciones que de otro modo se harían interminables, los borradores (que conducen a los denominados textos del presidente), permiten adelantar una labor tan importante como la redacción y selección de lenguaje apropiado para las diferentes decisiones que serán posteriormente sometidas a la decisión de la Conferencia de las Partes.

Frente a ello, en lugar de repudiar ambos mecanismos, sugiere la revisión de los mismos en orden a corregir dos aspectos relacionados con la representatividad: inclusividad y transparencia. Respecto del primero señala que deben existir mecanismos apropiados que garanticen la debida representación de todas las Partes al interior de estos pequeños grupos de negociación, a través de los diferentes grupos ya existentes como el G77, AOSIS, LDCs, etc. Respecto al segundo señala que los borradores deben estar disponibles para la revisión de las partes con la debida antelación y que las sesiones de estos pequeños grupos de negociación sean públicas y abiertas no sólo al resto de las partes sino a los diversos tomadores de decisión interesados.

Estos son solo algunos aspectos que están relacionados con la equidad formal, sin embargo todos apuntan en la misma dirección, cual es, resguardar el funcionamiento del régimen.

En oposición a la dimensión formal de la equidad en el cambio climático se encuentra el enfoque de carácter substantivo, el que se divide en equidad correctiva y distributiva. Para la equidad correctiva, los objetivos de reducción de emisiones deben ser alcanzados por aquellos que contribuyeron a su generación, vale decir, los países desarrollados, excluyendo tanto a los países menos desarrollados como a los países en vías de desarrollo.

¹²⁵ MÜLLER, Benito. UNFCCC – The Future of the process. Remedial action on process ownership and political [En línea] <<http://www.oxfordclimatepolicy.org/publications/documents/UNFCCC-TheFutureoftheProcess.pdf>> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]. Traducción propia.

Esta posición se funda en el derecho reconocido a todos los países para alcanzar el desarrollo, el cual supone un aumento en el consumo de combustibles fósiles y la correlativa emisión de gases de efecto invernadero, en contraposición a la responsabilidad que le cabe a los países desarrollados por los niveles de GEI generados precisamente con ocasión de su propio desarrollo. El Protocolo de Kioto, señalan los autores, es una manifestación de esta tendencia, ya que solo los países desarrollados tienen compromisos efectivos de reducción de emisiones.

Adler, en un artículo en el que analiza las cuestiones de justicia involucradas en el régimen de cambio climático, se pregunta: “¿Si es posible tal cosa como justicia correctiva que requiere? Una afirmación estándar es: la justicia correctiva impone un deber sobre el agente que ha actuado injustamente, y de este modo causa alguna pérdida a un individuo, a reparar esta pérdida”¹²⁶. A continuación el mismo autor repasa los elementos de la responsabilidad que son necesarios para construir este deber en el derecho de daños y que serían necesarios para organizar el problema desde una perspectiva de justicia correctiva, vale decir: la existencia de un interés protegido en la víctima, la conexión entre el hecho y el daño y el carácter injusto de la acción.

Todos estos elementos serían a juicio de Adler difíciles de reconocer dentro del ámbito del cambio climático, resultando dudoso que la reducción de bienestar derivado del cambio climático sea per se un daño, ya que el daño es por definición de carácter económico¹²⁷ y, para que sea indemnizable requiere ser cuantificado. Esto último es especialmente complejo respecto en tanto no existe una valoración económica de la atmósfera.

Asimismo este daño debe ser consecuencia de un actuar negligente o intencional de parte del agente, lo cual resulta complejo de establecer en circunstancias que el consenso respecto del carácter antrópico del cambio climático es de reciente data. En otras palabras, dado que la negligencia atribuible al agente depende en buena medida de la certidumbre respecto al conocimiento que se tiene cuando la acción u omisión es

¹²⁶ ADLER, Matthew. Corrective Justice and Liability for Global Warming [en línea] <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5286&context=faculty_scholarship> [consulta: 09 de Diciembre de 2014]. Traducción propia.

¹²⁷ Sin perjuicio del daño ambiental, el cual se define como un daño de carácter no patrimonial, tema que está presente en las actuales discusiones en relación a loss and damages.

llevada a cabo, resulta difícil establecer una fecha desde la cual considerar que hubo negligencia en relación al cambio climático.

Por último en lo que toca al nexo causal existe una evidente distancia entre el hecho y el daño, lo que dificulta en gran medida la aplicación de una solución de justicia de carácter resarcitorio.

Sumado a lo anterior se advierten otras problemáticas. Por ejemplo la valoración económica de daños tales como la pérdida de superficie costera (derivado del elevamiento del nivel de los mares), el derretimiento glacial, los eventos de sequía, entre otros fenómenos de la naturaleza, respecto de bienes que carecen de una valoración económica.

Lo mismo ocurre al conectar las emisiones con eventos climáticos que sean una consecuencia atribuible al cambio climático. Ciertamente es imposible asociar una emisión específica respecto de algún evento en particular. Para sortear esta dificultad se ha postulado que se atribuya a las emisiones históricas de cada país (caso en que habría que señalarse a partir de qué fecha) o la suma de todas las emisiones.

Adler grafica esta cuestión del siguiente modo: “Desde que el calentamiento global causa muerte, daños personales y pérdidas en la propiedad vía daño ambiental (o eventos climáticos extremos), el nexo causal entre un conjunto particular de emisiones de gases de efecto invernadero y aquellos intereses protegidos será por lo general más atenuado que la unión entre aquellas emisiones y el daño ambiental”¹²⁸.

Finalmente, desde la perspectiva del agente causante del daño, surge la dificultad de comprobar la ignorancia, intencionalidad o negligencia en el actor. Lo anterior es aún más complejo cuando el agente puede ser una colectividad, como las corporaciones o incluso los propios Estados.

Ante esto, Adler sugiere que los Estados poseen la legitimidad activa y pasiva, es decir, solo estos pueden reclamar indemnizaciones por los daños resultantes del cambio climático y solo contra aquellos Estados que permitieron la realización de

¹²⁸ Íbidem.

actividades generadoras del cambio climático. Sin embargo, tal reclamo solo podría versar sobre los daños ya manifestados y no sobre aquellos que aún no se producen, lo cual crearía una limitación que podría traducirse –según este autor- en descartar la creación de fondos internacionales para responder de esta clase de daños.

Por otro lado, la equidad substantiva con carácter distributiva en la problemática del cambio climático está “orientada a remediar las injustas desigualdades entre las personas¹²⁹” repartiendo cargas y beneficios entre los Estados, de acuerdo a la vulnerabilidad y las capacidades de cada Estado. En otras palabras, desplaza la discusión desde una lógica de responsabilidad hacia una de aptitud o capacidad de los Estados para enfrentarse al problema climático.

Un ejemplo permite ilustrar estas diferencias entre capacidades y vulnerabilidades entre países ricos y pobres: “A pesar de ser los que menos contribuyen al cambio climático, los países con IDH [Índice de Desarrollo humano] bajo son los que deben soportar una mayor disminución de las precipitaciones anuales y un marcado aumento de su variabilidad, lo cual afecta terriblemente su producción agrícola y subsistencia”¹³⁰.

Adicionalmente, la equidad con carácter distributivo tiene connotaciones políticas que dificultan en gran medida las posibilidades llevarla a la práctica. Ello ocurre porque la redistribución en el fondo supone una igualación entre los Estados, lo cual es resistido por aquellos Estados actualmente más aventajados y que bajo este paradigma tendrían el deber de soportar mayores cargas para hacer frente a la problemática climática.

En este sentido, el Informe sobre Desarrollo Humano del año 2011, a propósito de la relación entre equidad y sustentabilidad, destaca que en el centro del problema se encuentra la complejidad de distinguir cuáles desigualdades deben ser consideradas

¹²⁹ PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos [En línea] <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-2011> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014] Pp. 24.

¹³⁰ PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso. [En Línea] <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]. Pp. 6.

justas y cuáles no, señalando que solo éstas últimas son meritorias de acciones de redistribución destinadas a eliminar la injusticia. Por lo demás el mismo Informe reconoce que “la igualdad no es necesaria ni suficiente para la equidad” ya que “las diferentes capacidades y preferencias personales llevan a diferentes resultados, incluso cuando las oportunidades y el acceso a recursos son idénticos”¹³¹.

Por último, cabe señalar que las complejidades anteriormente señaladas no son propias solamente de la problemática asociada al fenómeno climático, sino que surgen cada vez que se intenta aplicar criterios distributivos a problemas que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Por ello algunos autores, como Bronwlie plantean cierta reticencia a la aplicación de tal clase de criterios como medio de generar legitimidad dentro de la política internacional¹³².

De los procesos de negociación de las COPs y la literatura asociada a la temática del cambio climático, han sido deducidos un conjunto de principios equitativos a través de los cuales las Partes justifican su posición nacional ante el resto de la comunidad internacional. Una lista no exhaustiva incluye: principio de igualdad, responsabilidad y capacidad. De estos principios a su vez se han desprendido diferentes criterios, aproximaciones o enfoques, los cuales determinan una interpretación particular –en algunas ocasiones contradictorias- de cada principio.

Para Heyward, la diversidad de posturas tiene explicación en las circunstancias nacionales, que para algunos autores son reducidas a aquellas previstas en el artículo 4.8 de la CMNUCC y la necesidad de compatibilizar sus intereses nacionales, especialmente en relación al desarrollo económico. “Los dañinos efectos del cambio

¹³¹ PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos. Ibid.

¹³² “Quiero hacer mención a la precaución que se debe tener en el uso de normas como un medio de justicia distributiva. Yo estoy a favor de la justicia distributiva, pero no estoy de acuerdo con maquillar, y mucha de la justicia distributiva que aparece en la forma de referencias simplistas a los intereses y necesidades de los países en desarrollo, especialmente en los documentos UNCLOS, es inconvincente. En las relaciones internacionales es bien sabido como poder ayudar a los países del Tercer Mundo. Frases para impresionar e interferir con reglas existentes introduciendo referencias a las necesidades de los países en desarrollo es una forma de maquillar. Esta aproximación no equivale a justicia distributiva real y hace la tarea de crear derecho mucho más difícil” BROWNLIE, Ian. *The Methodological Problems of International Law And Development*. Journal of African Law, Vol. 26(1) (1982). Pp. 11.

climático, los grados de contribución y los costos de mitigación varían inmensamente entre las naciones. Consecuentemente, la discusión sobre cuánto debe mejorar la cooperación para enfrentar el problema está inevitablemente plagada por visiones conflictivas de lo que constituye una solución equitativa”¹³³.

Por esta razón la columna vertebral de la distinción fáctica entre las posturas nacionales se centra en el grado de desarrollo económico, vale decir, entre los países ricos o desarrollados y los países pobres o en desarrollo. Al respecto Heyward señala: “La principal división en el debate sobre equidad ha sido entre los países desarrollados, cuyas emisiones de gases de efecto invernadero son la mayor causa del cambio climático y quienes están mejor equipados para enfrentar el problema y los países en desarrollo, muchos de los cuales están incrementando sus emisiones, y quienes pueden tener más oportunidades, no obstante pocos recursos, para hacer sus economías menos intensivas en emisiones”.¹³⁴ Luego la autora reconoce tres líneas argumentales, desde las cuales es posible extraer nueve “principios” diferentes que a continuación se revisarán.

1.- Igualdad: Bajo este principio se agrupan tres líneas argumentales diferentes: el enfoque “igualitarista”, es decir, que todos los seres humanos tienen el mismo derecho a una parte igual de la atmósfera¹³⁵, el enfoque que la autora denomina “soberanía”¹³⁶, que comparte con el anterior un derecho a la atmósfera, pero con la diferencia que en este caso el derecho es atribuido a los Estados. Y finalmente el enfoque de “comparabilidad”, el cual indica que es preciso establecer criterios de comparación para medir de manera efectiva los esfuerzos nacionales para enfrentar el cambio climático.

¹³³ HEYWARD, Madeleine. Equity and international climate change negotiations: a matter of perspective. [En Línea] <<http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/Oxford/Archives/Oxford%202011%20Readings/Heyward.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014] Pp. 518. Traducción Propia.

¹³⁴ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 519.

¹³⁵ Obsérvese que el principio igualitarista escapa a la lógica de los Estados, centrándose en la persona, por lo cual es más cercano a la justicia desde una perspectiva intergeneracional, según lo que aquí se ha propuesto.

¹³⁶ Véase: HEYWARD, Madeleine. op. cit. Pp. 521.

La aproximación igualitarista se basa en la idea que todos los seres humanos al ser creados iguales, tienen el mismo derecho al goce de los servicios ecosistémicos de la atmósfera en tanto bien común¹³⁷. Sus adherentes afirman que todas las personas tienen una parte igual de emisiones de GEI de acuerdo con la capacidad de absorción atmosférica, y por consiguiente, las emisiones deben ser proporcionales a la población de cada país¹³⁸.

Los países desarrollados han sido históricamente detractores de este principio puesto que tiene un potencial redistributivo muy alto, pudiendo modificar los patrones actuales de asignación de la riqueza: “una aproximación igualitarista puede significar una distribución muy desigual: algunos países pueden soportar costos muy desiguales, mientras otros pueden ganar significativos derechos”. Finalmente, existen dudas de la eficacia de este enfoque ya que otorgaría una gran cantidad de derechos de emisión a los países en desarrollo, diluyendo el objetivo del principio¹³⁹.

Por otro lado, el “enfoque de soberanía” que surge del principio de igualdad, sostiene que todas las naciones tienen derecho a la atmósfera. Sin embargo, más que apuntar a redistribuir las emisiones de GEI, la aproximación de soberanía toma en cuenta los actuales niveles de emisión fijándolo como si se tratase de un derecho adquirido de las Partes. Según Heyward, el Protocolo de Kioto refleja ampliamente este principio en cuanto cada país podía establecer un objetivo de reducción de emisiones reflejado como un porcentaje de su nivel de emisión de 1990.

Esta posición ha sido resistida principalmente por los países en desarrollo, los cuales reclaman que esta teoría en realidad perpetúa las inequidades, condenándolos

¹³⁷ MATTOO, Aaditya. Equity in Climate Change: An Analytical Review. World development. 40 (6). 2012. 1084. Traducción propia.

¹³⁸ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 521.

¹³⁹ “Contracción y convergencia es la propuesta más importante basada en el igualitarismo. Desarrollado por el Global Commons Institute, esta propone que todos los países deben moverse, en el tiempo hacia una emisión per cápita igual, con un nivel total de emisiones en contracción y un nivel de emisiones per cápita convergiendo a un nivel seguro”. Heyward. op. cit. Pp. 526.

al subdesarrollo en la medida que limita sus posibilidades de emitir a la tendencia que históricamente han exhibido¹⁴⁰.

Por su parte, la aproximación de comparabilidad busca establecer parámetros que permitan evaluar los esfuerzos de cada país, con el objeto de evitar *free riders*, denominación que alude a aquellos que aprovechan de los beneficios pero que no contribuyen en los esfuerzos. Heyward ejemplifica lo anterior de la siguiente manera: “La importancia de la comparabilidad en alcanzar un acuerdo fue destacada por las dificultades en otorgar vigencia al Protocolo de Kioto, particularmente debido a la preocupación de algunos países desarrollados que consideraban podían ser puestos en desventaja relativa frente a los países en desarrollo”¹⁴¹. La conveniencia de este criterio ha sido destacada por los países desarrollados.

2.- Responsabilidad: La autora, reúne bajo el principio de responsabilidad¹⁴², manifestado a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, a aquellos criterios que reflejan la noción de un daño y un responsable obligado a repararlo. De éste desprende dos enfoques: el principio contaminador pagador¹⁴³, vale decir que aquellos que contaminaron, paguen por el perjuicio causado, y el principio de beneficio, es decir, que aquellos que se beneficiaron con sus emisiones, paguen por ellas.

“El principio contaminador pagador sostiene que la responsabilidad para enfrentar el cambio climático debe ser distribuido de acuerdo al grado de responsabilidad en su causación. Por consiguiente enfrentar el cambio climático debe tomar en cuenta en cuenta la responsabilidad de cada país, histórica, actual y futura”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Véase: MATTOO, Aaditya, op. cit. Pp.1086.

¹⁴¹ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 522.

¹⁴² “El principio de responsabilidades históricas se basa en la noción ética: “no debes dañar a otros, o al menos no debes dañar a otros a sabiendas y si el daño está hecho, este debe ser compensado” Véase: MATTOO, Aaditya, op. cit. Pp. 1085.

¹⁴³ “El argumento de las responsabilidades históricas tiene una atracción obvia en el discurso internacional del cambio climático. Al pie de la letra, nociones básicas de justicia parecen sugerir que los principales colaboradores al problema deben llevar a cabo su abatimiento.” Véase: SOLTAU, Friedrich, op. cit. Pp. 8.

¹⁴⁴ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 522.

Este principio ha sido defendido principalmente por los países en desarrollo, los que por regla general han contribuido menos en emisiones que los países desarrollados, mientras que los países desarrollados han aceptado que el nivel de emisiones debe ser un factor a considerar en la distribución de responsabilidades en torno al cambio climático. Ejemplo de lo anterior es la propuesta brasileña, que Heyward resume en los siguientes términos:

“La mayor propuesta enfocada en responsabilidad, basada en el principio contaminador pagador es la propuesta brasileña. Hecha por el Brasil durante las negociaciones del Protocolo de Kioto, esta sostiene para los compromisos de reducción deben ser distribuidos de acuerdo con las contribuciones históricas de cada país”¹⁴⁵

Sin embargo, como se ha visto a propósito de la justicia correctiva, el principio contaminador pagador contiene una serie de complejidades en su aplicación. Luego puede resultar injusto responsabilizar a los países emisores por un daño del cual no tenían certeza de haber ocasionado.¹⁴⁶

Otro autor precisa la idea anterior señalando: “Los ACs (países avanzados, por sus siglas en inglés) no expropiaron a sabiendas. Ellos actuaron en la creencia, universalmente sostenida hasta muy recientemente, que la atmósfera era un recurso infinito. Además los expropiadores están en su mayoría muertos. Sus descendientes, incluso si pueden ser identificados no pueden ser considerados responsables por las acciones que ellos en sí mismo no cometieron”

Por otra parte, el principio de beneficio sugiere que la responsabilidad de un país para enfrentar el cambio climático debe ser relacionada con los beneficios que ha percibido. “Bajo esta aproximación es inequitativo que un país concentre esfuerzos en combatir el cambio climático si no obtiene beneficios, o si un país se beneficia desproporcionadamente si no se corresponde con un esfuerzo correlativo”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 527.

¹⁴⁶ Véase: MATTOO, Aaditya, op. cit. Pp. 1085.

¹⁴⁷ Véase: HEYWARD, Madeleine, op. cit. Pp. 523.

3. Capacidad: “Una tercera noción de equidad sostiene que aquellos con una mayor capacidad para enfrentar el problema del cambio climático deben contribuir más que aquellos que son menos capaces”¹⁴⁸. En otras palabras, el argumento de capacidad indica que cada país debe actuar en relación a sus posibilidades materiales, las cuales dependen de un “amplio rango de factores, incluyendo riquezas, tecnologías, instituciones, destrezas e información, infraestructura, oportunidades, presiones domésticas e interés”. Heyward deduce de este principio los siguientes criterios: “situación económica y disponibilidad de recursos”, “necesidades básicas”, “restricciones domésticas” y “oportunidades”¹⁴⁹.

Con “situación económica y disponibilidad de recursos” se busca enfatizar en la diferencia positiva que poseen los países desarrollados en cuanto al acceso a tecnologías, capacidad institucional y capital humano, respecto de los países en desarrollo, todo lo cual debe influir en la distribución de responsabilidades para enfrentar el cambio climático.

Las “necesidades básicas” son el lado opuesto de la moneda y caracterizan la argumentación de los países en desarrollo y menos desarrollados, quienes priorizan las necesidades básicas de su población, como por ejemplo la erradicación de la pobreza, por sobre el cambio climático.

Las “limitaciones domésticas” son aquellas que restringen el actuar de los gobiernos frente al cambio climático impidiéndole actuar fuera del corto plazo percibido por los ciudadanos. En este sentido, el costo de adoptar medidas en el presente es considerado por el grueso de la ciudadanía más oneroso que aquel que significa actuar en el futuro, aun cuando en la práctica sea a la inversa. Además, es complejo para los gobiernos adoptar medidas cuyos beneficios no serán capturados por sus ciudadanos.

¹⁴⁸ Mattoo al respecto señala: La mitigación impone costos económicos en términos de reducción de consumo y crecimiento debido a los altos precios del carbón y la energía. La mayoría de las teorías de justicia sugieren que en tanto que los costos son impuestos, estos deben ser soportados más por aquellos cuyos ingresos son más altos.” Véase: MATTOO, Aaditya, op. cit. Pp. 1085.

¹⁴⁹ Véase: HEYWARD, Madeleine, op cit. Pp. 522.

Por “oportunidades” se hace mención a aquellas posibilidades que cada país tiene para enfrentar el cambio climático, ya que para algunos países será más fácil y barato adoptar medidas que para otros. Esto tiene que ver por ejemplo con la dependencia sobre combustibles fósiles, la eficiencia energética y la posibilidad de modificar la matriz energética. En consecuencia no parece equitativo someter a diferentes países a las mismas medidas.

Mattoo adiciona tres nuevos criterios a la ordenación planteada por Heyward los cuales se exponen que a continuación a fin de complementar la estructura antes descrita:

En primer lugar el principio de preservación de conservación de las oportunidades futuras de desarrollo: por el cual se intenta integrar el principio consagrado en varias iniciativas de Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo, “el cual intenta preservar las oportunidades económicas –en este caso distribuyendo suficiente espacio para las emisiones en el futuro- para aquellos que actualmente son más pobres”¹⁵⁰.

Otro principio que estos autores rescatan es el denominado “costos de ajustes”. Este principio de orden pragmático promueve llevar a cabo aquellas medidas necesarias que, en cada caso, permitan lograr un resultado determinado considerado como justo basándose en las realidades nacionales. De esta manera por ejemplo, la medida de contracción y convergencia puede hallar fundamento en este principio.

Finalmente el “Principio de mérito” sugiere que las donaciones de emisión deben basarse o ser condicionadas al desempeño ambiental de cada país. Así por ejemplo, bajo este principio la posibilidad de poseer derechos de emisión estaría supeditada al “mérito de los países por tener economías que causan relativamente poca polución”¹⁵¹. Sin embargo, los mismos autores concuerdan en que resulta complejo llevar este principio a la práctica en tanto no existan sistemas de reporte medición y verificación uniformes que permitan medir con la misma vara las acciones desplegadas por diferentes Estados.

¹⁵⁰ Véase: MATTOO, Aaditya, op cit. Pp. 1086.

¹⁵¹ Íbidem.

En conclusión, la equidad tiene una doble influencia en el debate de cambio climático. Por una parte ofrece una perspectiva de justicia formal y substantiva y dentro de esta última, entre justicia correctiva y distributiva. Por la otra, producto del razonamiento que subyace a la equidad, es posible conformar un conjunto de principios para fundamentar las posiciones de las Partes en relación a la forma en que debe implementarse la Convención.

Por otro lado es posible advertir que los principios enunciados en esta sección admiten interpretaciones que justifican también enfoques de equidad correctiva, por lo cual la exposición separada de los tipos de justicia y los principios que de ellas se deducen debe ser moderada con la variedad de interpretaciones que cada principio posibilita.

Por último es posible advertir además que los principios que en algunos casos han sido deducidos de la equidad (por ejemplo el principio contaminador pagador) son los mismos que aparecen en el resto del artículo 3° de la CMNUCC, invitando a confusión entre el valor que debe otorgársele en relación a la equidad.

2.2.- Implicancias de la equidad intergeneracional en la interpretación de la equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC.

Existen importantes consecuencias en la aplicación de la equidad intergeneracional respecto de las negociaciones sobre cambio climático. En primer lugar, fortalece la incorporación de un fundamento de justicia distributiva, desde la perspectiva de la equidad como justicia substantiva. Ello en la medida que la equidad intergeneracional busca reconstruir los criterios para la asignación de cargas y beneficios sobre el patrimonio común de la humanidad.

Quizá la manifestación más importante de la equidad intergeneracional es en su vertiente de equidad intrageneracional, como se puede apreciar en la distinción norte sur, respecto de las obligaciones que corresponden a los países desarrollados y en

desarrollo.¹⁵² Esta distinción subraya que la distribución de cargas y beneficios derivados del cambio climático debe considerar la amplia diferencia entre los países del norte cuyo desarrollo industrial indudablemente ha contribuido en mayor medida a la emisión de GEI y los del sur, generalmente países en vías de desarrollo.

En este sentido dentro de la discusión de cambio climático “La posición de los BRICs tradicionalmente ha sido que la mitigación del cambio climático global debe ser enfrentada principalmente por las naciones industrializadas ricas, que tienen no solamente la riqueza y la tecnología para proveer soluciones, sino también la responsabilidad moral para hacerlo porque ellas han producido quizás tanto como el 80 por ciento de las emisiones de GHG a la fecha. Sin embargo, algunos países en desarrollo parecen aceptar tener que contribuir a la mitigación del cambio climático, por ejemplo China”¹⁵³

En segundo lugar, la equidad intergeneracional proporciona una base teórica para la incorporación de la persona como elemento argumentativo adicional al interior del proceso de negociación de las Partes. En otras palabras, a través de la equidad intergeneracional el individuo adquiere un rol gravitante dentro de la discusión, lo cual se puede observar, por ejemplo, en la consideración de las poblaciones pobres de países ricos y viceversa¹⁵⁴.

Sin embargo la utilidad de la equidad intergeneracional no está exenta de críticas. Brown Weiss por ejemplo reconoce que los principios por ella propuestos (conservación, uso y acceso) no otorgan detalles sobre “cómo los miembros de la

¹⁵² Por ejemplo: “Importantes estándares para el logro del desarrollo sustentable, inspirados por la equidad intrageneracional incluyen el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, de acuerdo al cual, en vista de su particular contribución a la degradación del medio ambiente, los países desarrollados tienen una mayor responsabilidad en trabajar hacia el desarrollo sustentable” Véase: BARRAL, Virginie, op. cit. Pp. 381.

¹⁵³ LEAL-ARCAS, Rafael. The BRICs and Climate Change [En Línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2310568_code1175289.pdf?abstractid=2306688&mirid=1> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]. Pp. 2. Traducción propia.

¹⁵⁴ Por ejemplo: “Muchos reclaman que los países desarrollados, por no tomar el liderazgo en agresivas estrategias de mitigación, ubican las cargas del cambio climático casi completamente causadas por los países desarrollados, sobre los hombros de las personas que viven en países pobres y personas que vendrán en las siguientes generaciones.” VERSCHUUREN, Jonathan. Legal Aspects of Climate Change Adaptation. En, Hollo, Erkki J.; Kulovesi, Kati; Mehling, Michael (Eds). Climate Change and the Law. Springer. 2013. Pp 265. Traducción propia.

actual generación deben manejar sus recursos¹⁵⁵, sino simplemente proveen criterios adicionales para las decisiones que se tomen en torno de dichos recursos.

Además, desde la perspectiva de Page, es posible observar tres críticas o problemas éticos involucrados en esta noción de equidad: en primer lugar, cómo se determina el ámbito de justicia, esto es, sobre cuáles entidades –individuos, grupos, países o generaciones- debe realizarse la distribución entre cargas y beneficios y qué entidades deben garantizar que estos derechos sean respetados. En segundo lugar, cuál es la medida o moneda apropiada de bienestar bajo la cual medir la distribución (por ejemplo tipo de recursos, grados de bienestar, etc.). Finalmente, tampoco especifica que patrón de justicia distributiva debe utilizarse, en el sentido de “un propósito u objetivo de distribución apropiado que especifique cuanto de una moneda dada de bienestar se está autorizado a recibir”¹⁵⁶

En definitiva, podemos afirmar que la perspectiva de la equidad intergeneracional es útil a la discusión de cambio climático al aportar perspectivas que dentro del tratamiento convencional de la equidad no habían sido recogidas. En otras palabras, la equidad intergeneracional e intrageneracional solo viene a llamar la atención de las generaciones presentes sobre un aspecto específico, como es la situación de las demás generaciones en relación al medio ambiente actual. Fuera de ello, no aporta nuevos mecanismos que permitan resolver de manera unívoca cómo ha de implementarse en la práctica, ni bajo qué criterios pueden estos principios ser definidos elegidos y aplicados “en el contexto de problemas específicos”, como aquellos que se presentan en la discusión de cambio climático.

A mayor abundamiento, y dada la cercanía de esta lectura de la equidad con el principio del desarrollo sustentable, cabe preguntarse acerca de la idoneidad de restringir la interpretación de la equidad a su dimensión intergeneracional, en circunstancias que el desarrollo sustentable está previsto dentro del artículo 3º de la

¹⁵⁵ Véase: BROWN WEISS, Edith, op. cit. Pp. 69.

¹⁵⁶ PAGE Edward. Justice Between Generations: Investigating A Sufficitarian Approach. [En Línea] <http://wrap.warwick.ac.uk/938/1/WRAP_Page_0582711-250609-profile6.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]. Traducción propia.

Convención, por lo cual habría que interpretar cual podría ser el sentido de dicha reiteración.

2.3.- Historia del artículo 3.1 de la CMNUCC.

No hay que perder de vista que la CMNUCC es un tratado internacional, y como tal sus disposiciones (inclusive las interpretativas) deben ser interpretadas en último término según las reglas contenidas en el artículo 31 y los medios complementarios de interpretación del artículo 32, ambos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵⁷. Según la doctrina¹⁵⁸, el primer artículo consagra una sola regla que contiene la aplicación de dos tipos de interpretación diferentes: literal y extensiva.

La interpretación literal considera el texto del tratado como “la expresión auténtica de la intención de las partes”, por lo cual toma en consideración el significado estricto de las palabras, buscando su sentido ordinario y común. Dicho de otro modo, no hay duda que cuando la intención de las partes está claramente establecida en el tratado no cabe interpretación posible. En cambio, la interpretación extensiva busca, a través del contexto que rodea al tratado, definir el sentido de aquellas cláusulas cuya interpretación resulte oscura.

¹⁵⁷ 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulterioresmente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

¹⁵⁸ GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. Temas Selectos de Derecho Internacional. México. Universidad Nacional Autónoma de México. (4ed) 2003.Pp. 143.

En cuanto al contexto, más allá de la enumeración del artículo 31 de la Convención de Viena, en la cual se incluye el preámbulo, el articulado o parte dispositiva, los anexos y todo acuerdo que se refiera al tratado, siempre que haya sido concertado entre las partes y con ocasión de su celebración, la doctrina señala que el contexto “estará constituido por el conjunto de las disposiciones convencionales con las cuales el texto en discusión se encuentra en una relación de dependencia lógica”.

El mismo autor, citando a De Visscher, señala: “el contexto posee una variable amplitud. Puede ser que se vea reducido a las otras disposiciones de un mismo artículo; o bien puede extenderse a otras partes o secciones del tratado, al mismo convenio considerado en su conjunto, o incluso extenderse a otros tratados con los cuales tenga una correlación de dependencia necesaria”¹⁵⁹.

En consecuencia, formarían parte del contexto de la CMNUCC desde el Protocolo de Kioto, hasta el Acuerdo de Copenhague por marcar un hito, pasando por todas las decisiones de las COP y de las CMP. Sin embargo, esta investigación parte de la constatación que las interpretaciones del artículo 3° la CMNUCC realizadas con posterioridad a su entrada en vigencia han resultado contradictorias, sin existir elementos de decisión suficientes que permitan justificar la elección por cualquiera de las interpretaciones posibles. Es esta ambigüedad interpretativa la que permite echar mano a los medios complementarios establecidos en el artículo 32° de la Convención de Viena a fin de buscar dentro de los trabajos preparatorios de la CMNUCC, aquellos argumentos que permitan aclarar a qué se está refiriendo el artículo 3.1° de la CMNUCC cuando invoca la equidad.

En este sentido, el artículo 32° de la Convención de Viena se presenta como una herramienta idónea, ya que contempla dos hipótesis que hacen procedente la aplicación de los denominados medios complementarios de interpretación destinados a confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31°, entre los cuales destacan los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Dichas hipótesis son: 1) la ambigüedad u oscuridad en el sentido de la interpretación y

¹⁵⁹ *Ibidem*

2) una interpretación que conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Desde ya es posible apreciar que al menos la primera hipótesis se manifiesta en la medida que no resulta claro si la equidad a que hace mención la CMNUCC es equidad según el Derecho Internacional o equidad intergeneracional, ni tampoco si es una noción o un principio, con lo cual la ambigüedad resulta ostensible.

En vista de lo anterior, a continuación se analizará el proceso de negociación que condujo a la suscripción de la CMNUCC, en búsqueda de elementos que permitan determinar el significado de la equidad al interior del régimen internacional de Cambio Climático.

2.3.1.- Los trabajos preparatorios de la Convención Marco.

Algunos autores, al referirse a la historia de la Convención, marcan como hito el inicio de las negociaciones conducentes a la CMNUCC la resolución 43/53 de Naciones Unidas del año 1988. En esta se acogió, a iniciativa del Gobierno de Malta, el tema “Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras”¹⁶⁰, en la cual se solicita al Secretario General de la OMM y al Director Ejecutivo del PNUMA “que por conducto del Grupo Intergubernamental sobre cambios climáticos, inicien inmediatamente las actividades tendientes a preparar lo antes posible un examen amplio y recomendaciones respecto de [entre otras materias] los elementos que se puedan incluir en una eventual convención internacional sobre el clima”¹⁶¹.

¹⁶⁰ NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/43/53)

¹⁶¹ Llama además la atención el lenguaje utilizado en dicha resolución en el cual se alude al patrimonio común, las preocupaciones comunes de la humanidad y las generaciones presentes y futuras, lo cual denota el espíritu que dicho proceso tenía: “Acogiendo con reconocimiento la iniciativa tomada por el Gobierno de Malta de proponer para su examen por la Asamblea el tema titulado: “Conservación del clima como parte del patrimonio común de la humanidad”, “Preocupada por el hecho de que ciertas actividades humanas puedan modificar las características climáticas mundiales, amenazando a las generaciones presentes y futuras con

A propósito de esta instrucción la resolución 44/207 de la Asamblea General de Naciones Unidas, tras tomar nota de las diversas reuniones plurilaterales en las cuales fue tratado el tema climático, y la necesidad de elaborar una convención general sobre el clima “Insta a los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y a las instituciones científicas a que colaboren en los esfuerzos destinados a elaborar con carácter urgente una convención general sobre el clima...¹⁶²”.

Posteriormente, la resolución 45/212 de la Asamblea General de Naciones Unidas instruye, “establecer un solo proceso de negociaciones intergubernamentales bajo los auspicios de la Asamblea General, apoyado por el PNUMA y la OMM, para que un Comité Intergubernamental de Negociación preparase una convención general eficaz sobre los cambios climáticos, que contenga los compromisos apropiados, y los instrumentos conexos que se puedan convenir, teniendo en cuenta las propuestas que pudiesen presentar los Estados participantes en el proceso de negociaciones, la labor del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambios Climáticos y los resultados alcanzados en las reuniones internacionales sobre el tema, incluida la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima”¹⁶³.

Cabe señalar que la motivación para la creación de un Comité Intergubernamental y no precisamente un comité de expertos responde a cuestiones políticas¹⁶⁴: “Los países

consecuencias económicas y sociales potencialmente graves” y más adelante agrega “Reconoce que los cambios climáticos constituyen una preocupación común de la humanidad”,
¹⁶²NACIONES UNIDAS. Protección del clima global para las generaciones presentes y futuras (A/RES/44/207)

¹⁶³ NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/45/212)

¹⁶⁴ Por otro lado algunos autores afirman el carácter de principios del contenido del artículo 3° a pesar de la prevención contenida en la CMNUCC: “La formulación de los principios en la CMNUCC parece que se efectuó a propuesta de algunos estados en desarrollo. La iniciativa partió de China y fue apoyada después por la mayoría de las delegaciones. Por el contrario, la delegación de los Estados Unidos se opuso con vigor, aduciendo que las ideas recogidas en el apartado de los principios se corresponden en realidad con las ideas expuestas en los preámbulos de las Convenciones Internacionales.

“Parece que las tesis norteamericanas lograron atenuar la fuerza que los principios hubiesen podido tener según las formulaciones presentadas por los Estados en desarrollo. Desde esa perspectiva debe entenderse el párrafo inicial del art. 3 de la Convención; afirma que las Partes “se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente”. De esta manera los principios se califican como

en desarrollo consideraron que el proceso del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, centrado en el aspecto científico, no abordaba adecuadamente sus preocupaciones y rechazaron la propuesta de un comité de negociación que trabajaría con los auspicios de la Organización Meteorológica Mundial y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. De esa forma, se creó un Comité Intergubernamental de Negociación encargado de preparar una Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático con los auspicios de la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 45/112, de 21 de diciembre de 1990)¹⁶⁵.

En cumplimiento de la instrucción señalada por la resolución 45/212, el Comité Intergubernamental se reunió en sesiones de cuatro periodos durante diferentes meses de 1991¹⁶⁶.

A continuación revisaremos brevemente los resultados de cada uno de estos periodos de sesiones en lo que dice relación con el artículo 3° de la CMNUCC y especialmente con la forma en que fue tratada la equidad.

2.3.2.- Primer periodo de sesiones.

El documento que recoge y resume la discusión de las partes negociadoras en este primer periodo de sesiones toma nota de la invocación por parte de los Estados con diferentes grados de consenso -cada párrafo comienza con alguna de las siguientes expresiones “muchos”, “varios” o “algunos” países- de la equidad y el principio de

guías de las conductas de las partes; además no son guías excluyentes, sino que pueden convivir con otras guías, directrices o consideraciones” Véase: CHUECA, Ángel, op. cit. Pp. 79.

¹⁶⁵ BOISSON, Laurence. Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático [En línea] < http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ccc/ccc_s.pdf > [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

¹⁶⁶ Antes de entrar al estudio de las sesiones ordenadas por esta resolución conviene destacar que la resolución 44/212 “reafirma los principios enunciados en sus resoluciones 44/207 y 44/228, que tienen en cuenta las preocupaciones de todos los Estados y las necesidades específicas de los países en desarrollo”

responsabilidades comunes pero diferenciadas¹⁶⁷, el principio precautorio¹⁶⁸ y el principio contaminador pagador¹⁶⁹. Respecto de la equidad se señala:

“Muchos países destacaron que una convención general eficaz y cualquier instrumento jurídico conexo debían basarse en los principios de equidad y responsabilidad común aunque diferenciada, y tener plenamente en cuenta la necesidad de que aumente el consumo de energía de los países en desarrollo a medida que se desarrollen sus economías. Algunos países expresaron la necesidad de que todos los países establecieran compromisos para abordar los cambios climáticos. Muchos otros se refirieron a la necesidad de que los países desarrollados contrajeran compromisos concretos respecto de la transferencia de tecnología, sobre una base preferencial y en condiciones concesionarias y de recursos financieros nuevos y adicionales hacia los países en desarrollo para que éstos pudieran hacer frente a los cambios climáticos mundiales.”¹⁷⁰

Siendo la única mención directa a la equidad dentro de este primer periodo de sesiones llama la atención que se refiera a una equidad desprovista del carácter intergeneracional, a pesar que, dentro del lenguaje utilizado durante la discusión y en las resoluciones que la preceden, se mencionó a “las generaciones presentes y futuras”, “el patrimonio común” o “las preocupaciones de toda la humanidad”, expresiones que forman parte del discurso de la equidad intergeneracional según se vio.

Además cabe destacar la apelación a “principios de equidad” lo cual excluiría dentro de este primer acercamiento a aquellas interpretaciones que la consideran simplemente como una noción o concepto. Al margen de esta constatación no hay mayores antecedentes que permitan resolver a qué clase de principios se está haciendo mención.

¹⁶⁷ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Primer Período de sesiones celebrado en Washington, D.C., del 4 al 14 de febrero de 1991. (A/AC.237/6), Párrafo 41.

¹⁶⁸ *Ibidem*. Párrafo 44.

¹⁶⁹ *Ibidem*. Párrafo 50.

¹⁷⁰ *Ibidem*, Párrafo 46.

Finalmente, cabe señalar que en este primer periodo de sesiones la labor del Comité Intergubernamental fue dividida en dos grupos¹⁷¹, uno encargado de la definición de los compromisos que la futura convención debería contener (Grupo I) y otro referido a los mecanismos mediante los cuales dichos compromisos habrían de ser implementados a través de la Convención (Grupo II). Por esta razón, la revisión de los trabajos preliminares se concentrará principalmente en los avances generados por el primer Grupo de Trabajo¹⁷².

2.3.3.- Segundo periodo de sesiones.

El documento, en varios párrafos, da cuenta de los esfuerzos desplegados por el Grupo I durante el segundo periodo de sesiones, en relación a configurar los compromisos que serán plasmados en la Convención.

Uno de los temas debatidos fue el cuestionamiento acerca si se requería establecer compromisos concretos o bien bastaba con compromisos de carácter general, para dejar la definición particular de dichos compromisos para un momento posterior.

Como se sabe, esta segunda opción fue la que terminó imponiéndose, sin embargo, es conveniente rescatar la importancia que le otorgó el grupo de negociación a la ubicación dentro de la Convención a los principios que definirían los compromisos: “Se

¹⁷¹ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Segundo Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 19 al 28 de junio de 1991. (A/AC.237/9)Decisión 1/1, Anexo II.

¹⁷² Cabe hacer presente que, a pesar que los compromisos y mecanismos fue trabajados por grupos diferentes, existió influencia de unos sobre otros, tal como consta del texto de la negociación del grupo de mecanismos al referirse al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas:

“Una opinión que se manifestó, basada en el concepto de responsabilidad común pero diferenciada, fue que los países industrializados debían asumir inicialmente compromisos concretos y que los compromisos asumidos por los países en desarrollo y por los países con economía en transición debían ser coherentes con sus necesidades económicas y de desarrollo. En ese contexto se examinó la cuestión de la división de los países por categorías.” Véase: NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Segundo Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 19 al 28 de junio de 1991. (A/AC.237/9). Párrafo 51.

hizo referencia a las interrelaciones entre los diferentes principios y a los vínculos entre los principios, las consideraciones preambulares y las obligaciones generales en una convención general. Algunas delegaciones pusieron en duda la necesidad de una sección separada de la convención relativa a principios¹⁷³.

Desde luego, la ubicación de las normas dentro de un tratado es de especial relevancia en relación al distinto alcance jurídico de las diferentes partes que componen un tratado. Que discutieran acerca de la ubicación de los principios y que estos terminaran finalmente ubicados en el cuerpo del tratado, sugiere que estos poseían desde los inicios de la negociación un significado especial para Las Partes, y por tanto, toda lectura de la Convención debiera tener presente esta circunstancia. Sin embargo, la ubicación no es el único aspecto. En este sentido, el lenguaje es mucho más relevante a fin de dar cuenta de una verdadera obligación internacional.

Asimismo, merece especial atención un párrafo de la discusión del Grupo I, por cuanto sintetiza los diferentes criterios que las partes negociadoras consideraron relevantes para incluir en una futura Convención.

“Se manifestó apoyo en diversos grados a los diversos conceptos y enfoques que podrían incluirse en una declaración de principios que sirviera de orientación para la convención general sobre los cambios climáticos. Entre esos conceptos y enfoques se incluían los siguientes: los cambios climáticos como preocupación general de la humanidad, la equidad, la responsabilidad diferenciada, el principio de quien contamina debe pagar, el principio de precaución, la eficacia en función de los costos, la flexibilidad, compatibilidad con las necesidades de desarrollo, la soberanía sobre los recursos naturales, la necesidad de medidas a corto y a largo plazo, la cooperación internacional, la compensación por los mayores gastos que deben realizar los países en desarrollo, la necesidad de mecanismos de financiación y de transferencia de tecnología y las circunstancias especiales de diferentes grupos de países...”¹⁷⁴

¹⁷³ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Segundo Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 19 al 28 de junio de 1991. (A/AC.237/9). Párrafo 47.

¹⁷⁴ *Ibidem*. Párrafo 45.

Es interesante subrayar que en esta etapa de las negociaciones se propone un conjunto de principios, algunos de los cuales o bien desaparecieron de la redacción final o bien fueron trasladados al preámbulo. Sin embargo la equidad, permaneció, al igual que en la primera ronda de negociaciones, siendo tratada en conjunción las responsabilidades comunes pero diferenciadas, lo cual nos habla de la manera en que dichos conceptos eran entendidos por el Comité Intergubernamental de Negociación.

No obstante, en el lenguaje utilizado en el párrafo para referirse a la equidad y a las responsabilidades comunes pero diferenciadas, se habla de “conceptos y enfoques”, lo cual marca una diferencia respecto de otros principios como el contaminador pagador o el principio de precaución, los cuales son señalados como tales.

Por último, otra cuestión que asoma en torno a la terminología es la exclusión de la expresión “intergeneracional” para referirse a la equidad, lo cual confirma la tendencia manifestada en la primera ronda de sesiones de referirse a una equidad de carácter general.

2.3.4.- Tercer periodo de sesiones.

Dentro de los aspectos relevantes en el contexto del tercer periodo de sesiones, se encuentra la discusión en torno a la ubicación de los principios en la Convención y la definición del contenido que las partes negociadoras atribuían a los principios propuestos.

En lo que respecta al primer punto, las visiones en torno a la ubicación en que la Convención debía incorporar los principios que hasta ese momento habían sido discutidos en el seno del Grupo I, han sido resumidas de la siguiente manera:

“a) La mayoría de las delegaciones consideraron que era indispensable dedicar un capítulo a los principios, dado que su objetivo sería dar una orientación a los compromisos y los mecanismos conexos que se convendrán en el marco de la Convención;

b) muchas delegaciones manifestaron el parecer de que el capítulo dedicado a los principios debía estar estrechamente vinculado con las obligaciones que habrán de decidirse en la Convención;

c) Algunas delegaciones pusieron en duda la necesidad de incluir un capítulo separado dedicado a los principios en el marco de la presente Convención”¹⁷⁵

Como se puede observar, la alternativa que finalmente se impuso denota de manera clara el propósito que se quiso atribuir en la inserción de principios, esto es “dar orientación (...) en el marco de la Convención” es decir ya desde un principio resta expresamente la posibilidad que por sí mismos reflejen una obligación substantiva dirigida a los Estados.

Cabe enfatizar que el documento A/AC.237/Misc.06, que recoge y sintetiza las presentaciones efectuadas por las partes negociadoras respecto de los principios comienza advirtiendo que la utilización de títulos y subtítulos y el contenido que lo componen ha sido organizado de ese modo con fines expositivos y por tanto, no refleja un significado de por sí, lo cual debiera orientar al interprete en torno al alcance legal que se quiso atribuir al vocablo principio utilizado como título del artículo.

Lo anterior es muy significativo ya que la misma advertencia quedó plasmada a pie de página en el texto final de la Convención del siguiente modo: “*Los títulos de los artículos se incluyen exclusivamente para orientar al lector”, denotando ambas el sentido o significado que querían imprimir las partes negociadoras en torno a esta cuestión.

En segundo lugar, y no menos importante, durante esta ronda de sesiones las partes manifestaron lo que a su parecer era el contenido de los principios propuestos, que en todo caso debe ser leído teniendo presente los diferentes grados de consenso que cada principio generó entre las partes negociadoras¹⁷⁶.

¹⁷⁵ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. (A/AC.237/12)Párrafo 74.

En este sentido consta que: “la inclusión de los principios de soberanía, equidad, responsabilidad común pero diferenciada y el principio de precaución contó con amplio apoyo; no obstante, hubo diferencias de opinión sobre la redacción y ubicación de los mismos en la estructura de la Convención. La inclusión del concepto de derecho al desarrollo tuvo amplio respaldo pero también fue puesta en duda por algunas delegaciones. Hubo desacuerdo en el Grupo en lo tocante a la inclusión del principio de quien contamina paga y del principio de la no condicionalidad, y también hubo diferencias en cuanto a la interpretación y las consecuencias jurídicas de estos dos principios. Varias delegaciones consideraron sumamente importante la inclusión del principio de los recursos financieros adicionales y de la transferencia de tecnología, y otras consideraron que sería mejor incluir este concepto en las obligaciones o compromisos”¹⁷⁷

Hechas estas prevenciones corresponde referirse al modo en que las partes negociadoras definen el principio de equidad. El texto de esta ronda de sesiones condensa las diferentes opiniones expresadas por las partes negociadoras distinguiendo entre los dos tipos de equidad a que se ha hecho mención: equidad intergeneracional y equidad a secas. Dentro de la primera simplemente se recoge el concepto contenido en el Informe Bruntland, es decir, “el deber de todos los estados de preservar y proteger el capital natural para el beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

Respecto de la equidad propiamente tal no existe un concepto propiamente tal, sino más bien un conjunto de aproximaciones¹⁷⁸, todas las cuales comparten la distinción

¹⁷⁷ *Ibidem* párrafo 76.

¹⁷⁸ “1.- Equidad en todos los compromisos relevantes

2.- Equidad entre los países industrializados y entre éstos y los países en desarrollo

3.- La necesidad de un reparto equitativo de cargas, entre los países industrializados y entre éstos y los países en desarrollo debe ser asegurada.

4.- El reparto equitativo entre países o grandes regiones de los objetivos establecidos.

5.- Las obligaciones deben ser equitativamente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo de acuerdo con sus responsabilidad y capacidades, y períodos de tiempo deben ser establecidos para su implementación, observando que la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero se originaron en los países desarrollados y que aquellos países tienen por consiguiente la principal responsabilidad de combatir los efectos adversos.

entre países industrializados y en desarrollo. Esta distinción entre países es relacionada al “reparto equitativo de cargas”, lo cual se traduce en que “las obligaciones deben ser equitativamente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo de acuerdo con sus responsabilidad y capacidades”, destacándose además que “la principal responsabilidad de combatir los efectos adversos” descansa sobre los países desarrollados.

Es imposible obviar que el concepto de equidad propuesto por las partes negociadoras alude a un enfoque de carácter substantivo y que, a pesar de las menciones a la responsabilidad que les cabe a los países desarrollados, es de carácter esencialmente distributivo.

Esta conclusión se desprende no solo del hecho que se hable de un “reparto de cargas”, sino también al hablar de la “principal responsabilidad”, en lugar de una “única responsabilidad”. Es decir se reconoce una responsabilidad compartida por todos los países del orbe, lo cual se aleja de la lógica correctiva que algunos atribuyen a la equidad que la Convención plantea.

En otras palabras, es posible advertir que la equidad adquiere un contenido substantivo ajeno al que hasta ese momento se había demostrado al interior de las negociaciones, apartándose de la equidad intergeneracional y concentrándose en la equidad como una forma tendiente a lograr un resultado de justicia.

6.- Las acciones deben ser tomadas basadas en la equidad, de acuerdo con la contribución proporcional al problema, con la debida consideración a los requerimientos de desarrollo de los países en desarrollo, especialmente de aquellos cuyas emisiones actuales sean bajas.

7.- En orden a asegurar acciones globales relativas al cambio climático, la convención deberá tener contenidos tales que orienten a acciones factibles y adecuadas por los respectivos países, con la debida consideración de las situaciones dentro de cada nación individual. Estas nociones persiguen también mejorar la capacidad de respuesta de los países en desarrollo, y la convención debe proveer asistencia especial a los países en desarrollo.

8.- La equidad entre países industrializados y entre estos y países en desarrollo. Aunque tenemos una responsabilidad común, debemos reconocer que esta es diferenciada de acuerdo con su nivel de desarrollo” NACIONES UNIDAS. Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos. Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. Tema 2 a) del programa. Compilation of texts related to principles Submitted by the Bureau of Working Group I. (A/AC.237/Misc.06). Pp.2. Traducción propia.

Asimismo, la existencia de esta distinción en esta etapa permite concluir que para Las Partes es perfectamente clara la distinción entre ambos tipos de equidades, lo cual por cierto tiene incidencia en la redacción final del artículo.

Por último, resulta conveniente relacionar estas conclusiones con la forma en que va cristalizando, desde las primeras redacciones tentativas, el principio de equidad en consorcio con el principio de responsabilidad común pero diferenciada y respectivas capacidades.

El documento que recoge estos borradores¹⁷⁹ establece seis opciones de las cuales se aprecian las diferentes aproximaciones en que el principio de equidad es asociado a otros conceptos y principios para efectos de distribuir las obligaciones, tales como: el diferente grado de desarrollo de los países, las responsabilidades históricas en relación a las contribuciones de GEI, en especial de los países desarrollados, las mejores capacidades (financieras y tecnológicas) para enfrentar el cambio climático, el principio contaminador pagador, las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo, el principio de convergencia y la gradualidad en la respuesta.

Como se puede apreciar, todos los aspectos anteriores han sido utilizados para definir las circunstancias de la equidad en el ámbito del cambio climático con posterioridad a la entrada en vigencia de la CMNUCC.

2.3.5.- Cuarto periodo de sesiones.

Las redacciones tentativas de los principios tratados durante la tercera ronda de sesiones concluyeron en el documento A/AC.237/Misc.12, el cual fue posteriormente discutido durante la cuarta ronda de sesiones¹⁸⁰. Llama la atención que la redacción de

¹⁷⁹ NACIONES UNIDAS. Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos. Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. Tema 2 a) del programa. (A/AC.237/WG.I/CRP.1/Rev.1)

¹⁸⁰ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Cuarto Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 9 al 20 de diciembre de 1991. (A/AC.237/15). Párrafo 48.

la equidad dentro de este documento no haga referencia a la distinción entre países desarrollados y en desarrollo, sino más bien se enfoca en los criterios que diferencian a unos y otros¹⁸¹.

Por otra parte, el apartado “Principios” del Anexo II del documento anteriormente mencionado, considera los siguientes principios: el derecho al desarrollo como derecho humano inalienable (punto 1), el derecho de los Estados de lograr un desarrollo sostenible (punto 2), la equidad y las responsabilidades comunes pero diferenciadas (punto 3), las necesidades específicas y las circunstancias especiales (punto 4), el principio precautorio (punto 5), el principio de soberanía (punto 10), etc. En cuanto al principio de equidad, la redacción fue la siguiente:

“3. Todos los Estados tienen la obligación de proteger el clima [el sistema climático] en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad, sobre la base de la equidad [intrageneracional e intergeneracional]. Esta obligación se cumplirá estableciendo plazos diferentes para la aplicación, de conformidad con las responsabilidades comunes pero diferenciadas [de los países en desarrollo y de los países desarrollados] y teniendo plenamente en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones de gases termoactivos se han originado en los países desarrollados y que a estos países les incumbe la principal responsabilidad [y que deben tomar la iniciativa] en la lucha contra los cambios climáticos y sus consecuencias adversas.”¹⁸²

¹⁸¹ “3. Equidad y responsabilidades comunes pero diferenciadas

Todos los Estados tienen una obligación de proteger el clima para el beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad.

Esta obligación debe ser equitativamente distribuida entre los países de acuerdo a sus responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas y diferentes plazos se establecen para la implementación notando que la mayor parte de las actuales emisiones de GEI son originados por los países desarrollados y por consiguiente aquellos países tienen la mayor responsabilidad en combatir el cambio climático y sus efectos adversos.” (A/AC.237/Misc.12) Pp. 7. Traducción propia.

¹⁸² NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Cuarto Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 9 al 20 de diciembre de 1991. (A/AC.237/15). Pp. 32. Cabe señalar que los corchetes indican aquellos puntos sobre los cuales no existía consenso dentro de las partes negociadoras.

Dentro del mismo numeral consta la existencia de una redacción alternativa, la cual permite inferir los matices que se deseaba imprimir al principio de equidad en la Convención:

“Todos los habitantes del planeta tienen el mismo derecho a la atmósfera situada fuera de la jurisdicción nacional. Todos los Estados tienen obligación de proteger la atmósfera en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad sobre la base de la equidad intrageneracional así como intergeneracional. Esta obligación común de proteger la atmósfera se distribuirá equitativamente entre los países, de conformidad con las responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas de los países desarrollados y los países en desarrollo, y se establecerán plazos diferentes para la aplicación con miras de llegar a la convergencia de las emisiones antropogénicas de dióxido de carbono en un nivel común per cápita, teniendo en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones actuales de gases termoactivos, en términos históricos y actuales, tienen origen en los países desarrollados, estos países [tienen en primer lugar la responsabilidad primordial] / [deberán tomar la iniciativa] en la lucha contra el cambio climático y los efectos adversos del mismo.”¹⁸³

Cabe destacar que, en esta etapa de la negociación, todas las expresiones señaladas son caracterizadas como principios, incluyendo la equidad, que es tratada como siempre, en conjunto con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Si bien ninguna de estas redacciones prosperó es importante detenerse en ellas ya que ambas reflejan la distinción entre los tipos diferentes de equidad. La primera al poner el carácter inter e intrageneracional entre corchetes denota que no existe una sola convicción respecto de la equidad, distinguiéndose ambas posibilidades. La segunda si bien hace referencia directamente a la equidad inter e intrageneracional también señala que la “obligación común de proteger la atmósfera se distribuirá equitativamente entre los países”, estableciendo la distinción de manera expresa.

¹⁸³ *Ibíd*em

2.3.6.- Quinto período de sesiones.

A través de la resolución 46/169 se instruyó llevar a cabo un quinto periodo de sesiones destinado a concluir el texto de la Convención, de modo que este quedara abierto para la firma durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁸⁴. En la primera ronda de sesiones de este quinto periodo los copresidentes del Grupo I reconocen que los progresos han sido lentos respecto de la discusión sobre principios ya que habían enfocado sus esfuerzos en resolver los temas pendientes en torno a los compromisos¹⁸⁵. No obstante lo anterior, se presenta una nueva redacción de principios, dentro de cual la parte referida a la equidad queda redactada del siguiente modo:

“3.^{*186} Todos los Estados tienen la obligación de proteger el sistema climático [mundial] en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad, sobre la base de la equidad [intrageneracional e intergeneracional], y de conformidad con [sus] [las] responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas [de los países en desarrollo y los países desarrollados], [con miras a lograr la convergencia [de las emisiones antropógenas de dióxido de carbono] en un nivel per cápita común] y teniendo plenamente en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones de gases termoactivos se han originado en los países desarrollados [y que a estos países les incumbe la principal responsabilidad] [y que deben tomar la iniciativa] en la lucha contra los cambios climáticos y sus consecuencias adversas.”¹⁸⁷

En la etapa final de la negociación es posible apreciar que el carácter intrageneracional e intergeneracional de la equidad persiste como un tema de interés

¹⁸⁴ NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/46/169)

¹⁸⁵ NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en la Primera Parte de su Quinto Período de sesiones celebrado en Nueva York del 18 al 28 de febrero de 1992. (A/AC.237/18 [Part. I]), Párrafos 46 y siguientes.

¹⁸⁶ “en los artículos sobre definiciones, principios y compromisos, se han marcado con un asterisco los párrafos y los apartados que fueron presentados al Grupo de trabajo por una sola delegación, por un grupo de delegaciones o por los Copresidentes, pero que posteriormente no fueron debatidos a fondo por el Grupo de Trabajo en su conjunto” *Ibidem*, Pp. 20. Nota de la Secretaría.

¹⁸⁷ *Ibidem*. Pp. 30.

para las partes negociadoras. Sin embargo, es de observar también que esta propuesta de artículo – y en realidad gran parte del proyecto presentado en esta etapa- dista bastante de lo convenido y aprobado finalmente el 9 de mayo de 1992 como el texto definitivo de la Convención. Lamentablemente se desconocen otros antecedentes sobre la negociación que ilustren la diferencia entre el borrador y el texto definitivo que todos conocemos.

2.3.6.- Cuadro Resumen. Trabajos preparatorios de la CMNUCC.

Sesión de Negociación	Redacción relativa a equidad	Comentarios
1° Período de sesiones	"Muchos países destacaron que una convención general eficaz y cualquier instrumento jurídico conexo debían basarse en los principios de equidad y responsabilidad común aunque diferenciada"	Equidad como principio. Equidad aparece junto al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Ausencia de mención a aspectos intergeneracionales.
2° Período de Sesiones	"Se manifestó apoyo en diversos grados a los diversos conceptos y enfoques que podrían incluirse en una declaración de principios que sirviera de orientación para la convención general sobre los cambios climáticos. Entre esos conceptos y enfoques se incluían los siguientes: los cambios climáticos como preocupación general de la humanidad, la equidad, la responsabilidad diferenciada, el principio de quien contamina debe pagar, el principio de precaución, la eficacia en función de los costos, la flexibilidad, compatibilidad con las necesidades de desarrollo..."	Equidad como un enfoque o concepto, junto a principios como el contaminador pagador y estándares como la compatibilidad con las necesidades del desarrollo. Aparece junto al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. No aparecen menciones al aspecto intergeneracional.

<p>3° Período de Sesiones (discusión en torno a la equidad)</p>	<p>1.- Equidad en todos los compromisos relevantes 2.- Equidad entre los países industrializados y entre éstos y los países en desarrollo, 3.- La necesidad de un reparto equitativo de cargas, entre los países industrializados y entre éstos y los países en desarrollo debe ser asegurada. 4.- El reparto equitativo entre países o grandes regiones de los objetivos establecidos. 5.- Las obligaciones deben ser equitativamente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo de acuerdo con sus responsabilidad y capacidades, y períodos de tiempo deben ser establecidos para su implementación, observando que la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero se originaron en los países desarrollados y que aquellos países tienen por consiguiente la principal responsabilidad de combatir los efectos adversos. 6.- Las acciones deben ser tomadas basadas en la equidad, de acuerdo con la contribución proporcional al problema, con la debida consideración a los requerimientos de desarrollo de los países en desarrollo, especialmente de aquellos cuyas emisiones actuales sean bajas. 7.- En orden a asegurar acciones globales relativas al cambio climático, la convención deberá tener contenidos tales que orienten a acciones factibles y adecuadas por los respectivos países, con la debida consideración de las situaciones dentro de cada nación individual. Estas nociones persiguen también mejorar la capacidad de respuesta de los países en desarrollo, y la convención debe proveer asistencia especial a los países en desarrollo. 8.- La equidad entre países industrializados y entre estos y países en desarrollo. Aunque tenemos una responsabilidad común, debemos reconocer que esta es diferenciada de acuerdo con su nivel de desarrollo”</p>	<p>No se habla de equidad como principio en ninguna de las aproximaciones. No existe consenso en torno a lo que la equidad significa en este contexto, se habla ora de equidad, ora de reparto equitativo. Es una equidad que se acerca a una noción de justicia substantiva que vincula obligaciones con responsabilidad y capacidad de los Estados. Equidad correspondería a justicia substantiva distributiva en tanto refiere a la "principal" responsabilidad y no a una única responsabilidad. A través de la equidad se intenta marcar una distinción entre países desarrollados y en desarrollo.</p>
---	--	--

<p>3° Período de Sesiones (redacción definitiva)</p>	<p>“3. Equidad y responsabilidades comunes pero diferenciadas Todos los Estados tienen una obligación de proteger el clima para el beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad. Esta obligación debe ser equitativamente distribuida entre los países de acuerdo a sus responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas y diferentes plazos se establecen para la implementación notando que la mayor parte de las actuales emisiones de GEI son originados por los países desarrollados y por consiguiente aquellos países tienen la mayor responsabilidad en combatir el cambio climático y sus efectos adversos.”</p>	<p>Equidad como equidad intergeneracional. Equidad aparece relacionada al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Equidad desprovista del carácter de principio.</p>
<p>4° Período de Sesiones (1° redacción)</p>	<p>“3. Todos los Estados tienen la obligación de proteger el clima [el sistema climático] en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad, sobre la base de la equidad [intrageneracional e intergeneracional]. Esta obligación se cumplirá estableciendo plazos diferentes para la aplicación, de conformidad con las responsabilidades comunes pero diferenciadas [de los países en desarrollo y de los países desarrollados] y teniendo plenamente en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones de gases termoactivos se han originado en los países desarrollados y que a estos países les incumbe la principal responsabilidad [y que deben tomar la iniciativa] en la lucha contra los cambios climáticos y sus consecuencias adversas.”</p>	<p>Equidad como equidad intergeneracional. Es una equidad que se acerca a una noción de justicia substantiva que vincula obligaciones con responsabilidad. Equidad aparece relacionada al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Equidad desprovista del carácter de principio.</p>

<p>4° Período de Sesiones (2° redacción)</p>	<p>“Todos los habitantes del planeta tienen el mismo derecho a la atmósfera situada fuera de la jurisdicción nacional. Todos los Estados tienen obligación de proteger la atmósfera en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad sobre la base de la equidad intrageneracional así como intergeneracional. Esta obligación común de proteger la atmósfera se distribuirá equitativamente entre los países, de conformidad con las responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas de los países desarrollados y los países en desarrollo, y se establecerán plazos diferentes para la aplicación con miras de llegar a la convergencia de las emisiones antropogénicas de dióxido de carbono en un nivel común per cápita, teniendo en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones actuales de gases termoactivos, en términos históricos y actuales, tienen origen en los países desarrollados, estos países [tienen en primer lugar la responsabilidad primordial] / [deberán tomar la iniciativa] en la lucha contra el cambio climático y los efectos adversos del mismo”</p>	<p>Equidad como equidad intergeneracional. Es una equidad que se acerca a una noción de justicia substantiva que vincula obligaciones con responsabilidad y capacidad de los Estados Equidad aparece relacionada al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Equidad desprovista del carácter de principio.</p>
<p>5° Período de Sesiones</p>	<p>Todos los Estados tienen la obligación de proteger el sistema climático [mundial] en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad, sobre la base de la equidad [intrageneracional e intergeneracional], y de conformidad con [sus] [las] responsabilidades y capacidades comunes pero diferenciadas [de los países en desarrollo y los países desarrollados], [con miras a lograr la convergencia [de las emisiones antropógenas de dióxido de carbono] en un nivel per cápita común] y teniendo plenamente en cuenta que, en su mayor parte, las emisiones de gases termoactivos se han originado en los países desarrollados [y que a estos países les incumbe la principal responsabilidad] [y que deben tomar la iniciativa] en la lucha contra los cambios climáticos y sus consecuencias adversas.”</p>	<p>Equidad como equidad intergeneracional. Es una equidad que se acerca a una noción de justicia substantiva que vincula obligaciones con responsabilidad de los Estados. Equidad aparece relacionada al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Equidad desprovista del carácter de principio.</p>

2.4.- Relación entre la equidad y los principios que rigen la Convención.

Hasta aquí se han expuesto dos formas de comprender la equidad dentro de la CMNUCC, la primera que, desde la óptica de la equidad tratada en materia internacional, la entiende como un concepto de contornos difusos, pero que en su núcleo refiere a una forma de razonamiento tendiente a obtener una respuesta jurídica en casos no especificados por la norma; y la segunda, como equidad intergeneracional, es decir como un concepto dotado de un contenido substantivo destinado a obtener por parte del derecho una respuesta determinada en pos de resguardar la igualdad en el acceso y goce de todas las personas sobre aquellos bienes que corresponden a toda la humanidad.

Como se ha podido constatar, ninguna de estas interpretaciones de la equidad provee una lectura clara del artículo 3.1 de la CMNUCC.

En razón de lo anterior, parece necesario tomar distancia y observar que la equidad es un elemento más dentro del conjunto de principios que inspiran la aplicación e interpretación de la CMNUCC, contenidos en el artículo 3° de dicho tratado. Por lo mismo, llama la atención que las Partes y los comentaristas construyan sus argumentaciones invocando los demás principios del mentado artículo en relación a la equidad y no de manera autónoma.

¿Significa esto que la equidad al interior del régimen climático posee un rol preponderante en relación al resto de los principios, permitiendo relativizar estos últimos en favor de soluciones que puedan ser consideradas como equitativas o justas? ¿O por el contrario significa que la equidad debiese carecer de un contenido substantivo de antemano y en cambio servir como mero articulador del resto de los principios, siendo éstos últimos los llamados a determinar el carácter substantivo de las respuestas al cambio climático?

Las alternativas parecieran ser por una parte que los principios son una manifestación de la equidad, en cuyo caso parece reiterativa la consagración o de la equidad o los principios; o bien que la lectura sobre la equidad en la Convención debe centrar su atención en otros aspectos que no han sido suficientemente tratados.

Previo a responder estas interrogantes es necesario dar un breve vistazo al resto de los principios contenidos en la Convención y mediante dicho ejercicio reflexionar cuál es el rol que le cabe a la equidad en la estructura de la CMNUCC.

El listado que señala el artículo 3° de la CMNUCC contiene los siguientes principios:

- El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades.
- El principio Precautorio¹⁸⁸,
- El principio del Desarrollo Sustentable¹⁸⁹,
- El principio de priorización de las circunstancias nacionales y necesidades de los países en desarrollo¹⁹⁰.

Cabe señalar que este listado de principios puede ser ampliado en atención a la expresión “entre otros” que inicia el artículo 3°, permitiendo la inclusión de diferentes principios que la doctrina ha extraído de otros pasajes de la CMNUCC. Tal es el caso del principio de buena fe, en el artículo 14(6), el principio contaminador pagador (sin hacer mención a ninguna norma dentro de la Convención), y el principio de soberanía

¹⁸⁸ “La historia de la negociación de la CMNUCC indica el amplio consenso que existía al tiempo en que la Convención fue negociada sobre que la amenaza del cambio climático debía ser enfrentada con antelación a la evidencia científica conclusiva. Basado en este amplio consenso, el artículo 3.3 establece la precaución como uno de los “principios” por los cuales las Partes deben guiar sus acciones para lograr el objetivo de la Convención e implementar sus provisiones” Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 373.

¹⁸⁹ “Hay frecuentes referencias al desarrollo sustentable en la Convención y el Protocolo de Kioto. El artículo 2° (objetivo) nota que la estabilización de GEI en la atmósfera debe ser alcanzado dentro de un período de tiempo suficiente para “permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”. Además el artículo 3 (4) nota que las Partes tienen un derecho – y deben promover- el desarrollo sustentable y el artículo 3 (5) de la CMNUCC establece que: “Las Partes deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional abierto y propicio que condujera al crecimiento económico y desarrollo sostenibles de todas las Partes, particularmente de las Partes que son países en desarrollo, permitiéndoles de ese modo hacer frente en mejor forma a los problemas del cambio climático”. Estas provisiones enfatizan la necesidad de desarrollo para seguir adelante con la sustentabilidad económica y ecológica. Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 379.

¹⁹⁰ “Este principio está expresado en el artículo 3(2) de la CMNUCC, e implementado a lo largo del régimen de cambio climático, como por ejemplo en el artículo 4(8) y (9) dirigido a la situación de los países en desarrollo con necesidades específicas, tales como los países que son islas pequeñas o aquellos que tienen áreas con costas bajas, y los países menos desarrollados. Este principio es cercano al CBD, y puede ser considerado en conjunción con este. Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 385.

estatal expresado en el derecho a explotar sus recursos naturales y la prohibición de causar daño transfronterizo contenido en el preámbulo de la Convención¹⁹¹. A mayor abundamiento, Ringius¹⁹² observa que al régimen de cambio climático resultan aplicables otros principios del derecho internacional público, con prescindencia de su presencia en la Convención.

Por otro lado, al establecer el artículo 3° de la CMNUCC la coexistencia entre principios expresados en el artículo, junto a otros presentes a lo largo de la Convención e inclusive aquellos que puedan derivarse de la lectura de la CMNUCC en el contexto del Derecho Internacional Público, es posible advertir que no todos serán necesariamente de idéntica naturaleza jurídica. La pregunta que al respecto surge es ¿Corresponde la equidad a alguna de dichas categorías jurídicas, o bien la equidad no cabe en ninguno de dichos paradigmas?

Adicionalmente, la utilización del término “Principios”, para describir el contenido del artículo 3° de la Convención nos enfrenta a una confusión terminológica asociada a la polisemia que dicho vocablo encierra dentro del ámbito jurídico¹⁹³, cuestión aún más compleja si consideramos que la propia CMNUCC previene que “los títulos de los artículos se incluyen exclusivamente para orientar al lector”. Es decir, no es totalmente claro si en la voluntad de las Partes estuvo la intención de dotar al contenido del artículo 3° del carácter de principios en alguno de los significados jurídicos del término

La aridez en cuanto a respuestas concretas de parte de la equidad y los conflictos que genera la lectura de los principios contenidos en el artículo tercero de la CMNUCC propone un desafío para el intérprete al momento de intentar una lectura global del artículo. A lo sumo el intérprete se verá obligado a seleccionar aquellos elementos que resulten útiles para ofrecer una respuesta jurídica que carezca de ambigüedad y sea suficientemente robusta para justificar una elección que, quiérase o no, puede contener indeseables matices de discrecionalidad.

¹⁹¹ Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 382 y ss.

¹⁹² LASSE, Ringius. Burden Sharing and Fairness Principles in International Climate Policy. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics Vol. 2. 2002. Pp. 4. Traducción propia.

¹⁹³ CHUECA, Ángel. Derecho Climático y Derecho Internacional. Zaragoza: Fundación Ecología y Desarrollo 2000. Pp. 77.

El desafío consiste entonces en reinterpretar el sentido de la equidad para justificar su utilización en la CMNUCC y luego de eso intentar leer de manera armoniosa el artículo 3.1. En este sentido, el estado actual de la discusión descrito en estos primeros dos capítulos ofrece una base de interpretación y proporciona buenos antecedentes para ampliar la discusión a efectos de racionalizar la relación de la equidad y los principios contenidos en el artículo 3.1 de la CMNUCC. A ello nos abocaremos a continuación.

CAPÍTULO III: NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA EQUIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE EL RÉGIMEN DE CAMBIO CLIMÁTICO.

En el capítulo anterior se ha expuesto el marco teórico del concepto de equidad expresado en el artículo 3.1 de la CMNUCC. En dicha descripción ha quedado de manifiesto que no existe una única manifestación o expresión jurídica respecto del concepto de equidad. Así mientras algunos opinan que la expresión equidad en el marco de la CMNUCC se refiere a la equidad en el sentido tradicional del derecho internacional general, otros consideran que se identifica más al contenido de la denominada equidad intergeneracional, la cual tiene una componente internacional y otra de carácter doméstico.

Además, la ausencia de una definición normativa de la equidad complejiza el establecimiento de un concepto definitivo. Lo anterior se ve agravado en tanto los contornos de la equidad en derecho internacional son por definición indeterminados, siendo precisados sólo en los casos de aplicación específicos. Como consecuencia de lo anterior el intérprete jurídico dispone de una libertad de márgenes amplios para adaptar el concepto según las necesidades particulares del problema que se busca solucionar.

Estos antecedentes explicarían desde una perspectiva jurídica la dificultad de establecer un único significado de la equidad para el régimen de cambio climático que permita avanzar en los compromisos establecidos por la Convención de Cambio Climático. A lo anterior debe agregarse que en el propio ámbito de la Convención la equidad ha sido tratada, ora como un concepto, ora como un principio.

La respuesta vacilante de la doctrina nos condujo a indagar en el proceso de negociación conducente a la Convención. Sin embargo, el análisis realizado a las discusiones que rodearon a la negociación de la Convención arrojó que tampoco hubo en aquel entonces una descripción que permitiera dirimir de manera suficiente ni el contenido ni el status legal que se quiso atribuir a la equidad. En dicho contexto, a lo

sumo se pueden establecer dos constataciones para el tema que nos convoca: primero sobre qué grupo de Estados propició la introducción de principios, lo cual permite inferir cual pudo haber sido el significado que se le quiso atribuir a la equidad y segundo que en un primer momento las partes negociadoras asociaron el concepto a la equidad intergeneracional, pero que ello fue descartado en la redacción final. Esta última conclusión es respaldada por la consagración dentro del número 4 del artículo 3° de la CMNUCC del principio del desarrollo sustentable, el cual lleva implícita las nociones de equidad inter e intra generacional.

Ahora bien, la falta de una respuesta definitiva y la constatación de la imposibilidad de lograr un resultado en tal sentido nos podría conducir a dos destinos indeseables: por una parte el abandono de la equidad, y por la otra restar dicho concepto de la interpretación soberana de las Partes.

El primero de ellos podría materializarse, por ejemplo, a través de restar relevancia a la equidad en las negociaciones –fenómeno que algunos autores advierte ya está sucediendo respecto al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas¹⁹⁴- hasta convertirlo en letra muerta a través de la derogación por desuetudo, es decir, quitarle toda validez a la norma haciéndola ineficaz. Por otra parte, el hecho que exista diferencias en cuanto a su interpretación le resta solidez, contribuyendo a debilitar su importancia, aún cuando pueda seguir vigente en las negociaciones Sea como sea, parece indudable que una respuesta de este tipo debilitaría a la propia Convención y al rol que le corresponde en relación a las acciones de cambio climático. Ello es inconveniente principalmente en atención a que la Convención es un tratado, y como tal derecho internacional en sentido formal, lo cual obliga a las partes a su cumplimiento y aplicación.

La segunda alternativa podría consistir en privar a la equidad del ámbito de interpretación soberana que le cabe a las Partes, entregando dicha facultad a un

¹⁹⁴ “el principio “responsabilidades comunes pero diferenciadas” (CBDR, por sus siglas en inglés), que constituye la piedra angular del régimen, fue notablemente omitido de la decisión [refiriéndose a la decisión de Durban], lo que junto a la expresión aplicable a todas las Partes, demuestra que el CBDR ha evolucionado y no es posible concebirlo de la misma manera que en los orígenes del régimen. Véase: ARÍSTEGUI, Juan Pablo, op. cit. Pp. 42.

órgano externo, por ejemplo un órgano supra nacional. Sin embargo, la idoneidad de este resultado es dudosa en tanto resulta también contrario a la mecánica de funcionamiento del régimen de cambio climático. Esta alternativa podría materializarse en el futuro acuerdo que se espera tenga lugar en la Conferencia de las Partes de París, del año 2015.

De lo dicho se desprende que es inconveniente e incluso inviable dentro del régimen de cambio climático desprenderse de la equidad, por lo cual se hace necesario explorar nuevas perspectivas que extiendan el panorama sobre el cual ha girado hasta ahora la discusión. Este capítulo se dedica a examinar algunos lineamientos que posibilitarían una interpretación novedosa de la equidad, en la cual se la concibiese como una institución jurídica propia del derecho internacional destinada a resolver problemáticas desconocidas para esta rama del derecho.

Con este objetivo la próxima sección abordará la propuesta teórica de un autor que postula una concepción dinámica de la equidad. Luego el análisis se trasladará a la forma en que la equidad es llevada a la práctica al interior del régimen, lo cual aquí se defiende ocurre a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Finalmente se verá como el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas desde una perspectiva dinámica entra en colisión con los anexos de la Convención. Finalmente veremos como una revisión de los Anexos de la Convención sería la forma más apta para lograr que la equidad sea aplicada al ámbito de la Convención.

3.1.- Aportes de Thomas Franck para una lectura de la equidad en el contexto del Derecho Internacional.

Al igual que Akerhurst con su clasificación de la equidad de carácter funcional, Thomas Franck estableció una novedosa distinción de la equidad a partir de su

utilización por las Cortes internacionales durante el siglo XX. Lo significativo de la propuesta de este autor es que concluye que la equidad puede servir como catalizador de la evolución del derecho internacional.

Este autor indica que, con posterioridad al desenlace de la Primera Guerra Mundial, las Cortes Internacionales debieron dirigir sus esfuerzos a resolver diferendos relativos a la distribución entre Estados de bienes de carácter escaso. En esta labor, el sistema de delimitación de territorios que hasta aquel entonces se aplicaba demostró sus limitaciones al carecer de medios para “resolver satisfactoriamente la distribución de ciertos recursos, tales como las riquezas de la plataforma costera”¹⁹⁵. Por tal motivo la equidad cobró un nuevo auge entre los jueces internacionales, quienes a través de ella adquirieron un mayor grado de discrecionalidad para la solución de las controversias que se le presentaban.

La actitud de las Cortes Internacionales hacia la equidad propició un debate entre los abogados internacionalistas respecto del rol que correspondía atribuir a la equidad, lo cual permitió a Franck plantear una triple distinción: equidad correctiva, equidad ampliamente concebida y equidad patrimonio común de la humanidad. A continuación nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

La equidad correctiva es aquella a la cual ya se ha hecho mención cuando nos referimos a la relación entre justicia y equidad, es decir aquella que permite moderar o temperar la aplicación irrestricta de una norma en un caso determinado, cuando la letra puede anular su espíritu. Por ello la aplicación de la equidad correctiva tiene siempre – para este autor- un carácter excepcional, es decir, solo es posible de aplicar en presencia de una regla y como excepción a ésta.

La equidad ampliamente concebida se caracteriza y distingue de la anterior por ser una regla en sí misma y no una excepción a aplicar en defecto de otras reglas de carácter general. El valor de una concepción de tal naturaleza consiste en que confiere un grado de mayor discrecionalidad a los jueces y de ese modo, opina Franck, los tribunales tienen mayor libertad para lograr resultados distributivos. Un ejemplo de la

¹⁹⁵ Véase: FRANCK, Thomas, op. cit. Pp. 573.

aplicación de esta concepción de la equidad se puede observar en el cambio en la jurisprudencia a partir de la UNCLOS III. En aquel ámbito sostiene este autor “la corte ejerció un destacable grado de discreción, primero en seleccionar los principios relevantes para la delimitación equitativa, luego en dibujar la línea para dar efecto a estos principios”¹⁹⁶.

La tercera y última categoría que este autor establece es la denominada equidad patrimonio común. Esta difiere de las anteriores en cuanto las primeras parten del supuesto que los recursos pertenecen ab-initio a los Estados. Sin embargo esa concepción fue superada a partir de la segunda mitad del siglo pasado, época en que se comenzó a hablar de los llamados global commons, sobre los cuales nos referimos en el primer capítulo, pero que en resumen, refieren a aquellos bienes que son patrimonio común de toda la humanidad y respecto de los cuales es posible deducir una serie de principios tales como: administración compartida, beneficios compartidos, uso exclusivo para propósitos pacíficos, y conservación para las futuras generaciones.

Si bien es posible apreciar ciertas relaciones o lugares comunes entre la clasificación recién expuesta y las materias tratadas en el primer capítulo, lo importante de este enfoque es que permite a Franck concluir que la equidad ha adquirido, de manera progresiva, un protagonismo nunca antes visto dentro del derecho internacional. Lo anterior le permite concluir que la equidad ha superado la categoría de un mero principio de derecho internacional, para alzarse como una base del sistema internacional moderno que permite actualizar el derecho ante las nuevas realidades que debe enfrentar.

En otras palabras, la equidad bajo esta perspectiva viene a ser una verdadera institución del derecho internacional, un elemento que lo constituye y sin el cual se desnaturaliza de la misión que le compete, en tanto instrumento de paz social y en último término de sobrevivencia de la humanidad¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Véase: FRANCK, Thomas, op. cit. Pp. 584.

¹⁹⁷ HART, op cit.

Ahora bien, la construcción realizada por este autor le permite extraer ciertas consecuencias aplicables a las problemáticas que enfrenta la equidad al interior del régimen de cambio climático, a las cuales nos abocaremos a continuación.

En primer lugar, concebir a la equidad como una institución transversal al derecho internacional, y no como una mera regla de aplicación excepcional, permite establecer un marco conceptual dentro del ámbito del régimen de cambio climático mucho más amplio y preciso que la distinción generalmente utilizada para describir las características de la equidad en el derecho internacional. Es decir, en lugar de intentar conciliar la expresión equidad del artículo 3.1 de la CMNUCC con la equidad según el derecho internacional o la equidad intergeneracional, que como se vio poco aportan a la solución del problema, es posible sostener que la equidad en el régimen de cambio climático sería reflejo de esta aspiración del sistema internacional.

En segundo lugar, la concepción de equidad propuesta por Franck establece una trayectoria o evolución de la equidad en materia internacional ligada al enfrentamiento dos problemáticas específicas: el ritmo progresivo de la innovación tecnológica y científica, y la creciente brecha entre ricos y pobres¹⁹⁸. Lo cual, como se puede apreciar, guarda una estrecha relación con los problemas derivados del aumento de emisiones de gases de efecto invernadero y las denominadas diferencias norte-sur que subyacen a la problemática del cambio climático.

En otras palabras, este autor sostiene que la equidad ha cobrado un nuevo auge debido a que otorga un grado más amplio de discreción para abordar temas cuya complejidad era anteriormente desconocida para el derecho internacional, como es el impacto de la tecnología y las consecuencias de las desigualdades producidas por la distribución de la riqueza.

Siguiendo esta línea argumental el mismo autor expresa: “El amplio rango de progreso tecnológico y científico demanda de cualquier sistema legal un rango de flexibilidad si éste busca imponer principios de aplicación general sobre los esfuerzos humanos que constantemente redefinen su realidad y transforman el contexto en que

¹⁹⁸ Véase: FRANCK, Thomas, op. cit. Pp. 595.

este ocurre. Las crecientes desigualdades en distribución de bienes indican que la igualdad formal de los Estados ante el derecho debe ser temperada por algunos recursos a la noción de equidad¹⁹⁹.

En síntesis, la innovación que este autor ofrece dice relación con la posibilidad de concebir a la equidad precisamente como un concepto de contornos indeterminados dentro del sistema jurídico internacional, convirtiendo la crítica que hasta ese momento había recibido en su principal fortaleza. En otras palabras, la equidad se alza como un valor propio de los sistemas internacionales destinado a satisfacer los requerimientos de flexibilidad necesarios que permitan adecuar el sistema jurídico para proveer nuevas respuesta frente a fenómenos de naturaleza novedosa que surgen y desafían el sistema internacional.

Louka sintetiza este cambio de paradigma de la siguiente manera: “El principio de equidad es difícil de precisar. Algunos comentaristas han visto la equidad como un concepto propio del derecho internacional. Otros comentaristas han argumentado que las consideraciones de equidad introducen un elemento especialmente subjetivo en la interpretación del derecho internacional²⁰⁰”.

De esta manera, mientras que la posición de Franck se circunscribe dentro del primer grupo, otros autores como Rosalyn Higgins rechazan tal posibilidad en atención a que la equidad restaría objetividad al ordenamiento jurídico internacional. En este sentido dicha autora comenta: “Hay un número casi infinito de propósitos por los cuales las Cortes y los comentaristas ven a la equidad como suficiente. Para algunos, esta permite que la decisión abarque una “justa decisión” (...). El requerimiento de justicia es, en mi opinión, un concepto subjetivo, esencialmente del mismo tipo que “un resultado equitativo”. Etiquetar algo como el resultado “que la justicia requiere”, o como el “resultado equitativo” es meramente para evitar justificar y hacer específicos ciertos objetivos de política (...) Justicia, se ha dicho, es el fin al que sirve la equidad; pero

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ LOUKA, Elli. *International Environmental Law. Fairness, Effectiveness, and World Order*. Edimburgo. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. Pp. 53. Traducción propia.

también es sinónimo de equidad. Esto es a la vez incierto y una apelación a la subjetividad”²⁰¹.

No obstante, es de observar que la crítica realizada a propósito del subjetivismo que conlleva igualar equidad y justicia, no controvierte el progresivo avance de la equidad dentro del sistema internacional destacado por Franck, ni afecta el hecho que la equidad sea aplicada con el propósito de lograr satisfacer un requerimiento de justicia en la solución de conflictos.

Ahora bien, que la equidad sea comprendida como una institución dentro del derecho internacional permite resolver (o al menos soslayar) varias de las principales problemáticas identificadas en el primer capítulo y que han dificultado la interpretación de la equidad al interior del régimen climático. Por ejemplo es posible prescindir del análisis de la equidad en cuanto a un tipo de principio construido en base a otros principios. La equidad como institución sería un elemento dentro del sistema internacional que tendría la particularidad de articular elementos de naturaleza diversa, no solamente jurídicos²⁰². En segundo lugar permitiría evitar el esfuerzo de dotarla de contenido material objetivo y explicaría el uso de dicho concepto en los tratados multilaterales.

Una comprensión de esta naturaleza permitiría explicar además por qué la equidad ha generado mayor discusión que el resto de los principios contenidos en el artículo 3°

²⁰¹ HIGGINS Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press. 1995. Pp. 220. Traducción propia.

²⁰² Ejemplos de la confusión terminológica que produce concebir la equidad como un principio son observables incluso en las comunicaciones de las Partes durante el proceso que está llevando adelante el ADP: “India está dispuesta a unirse a un debate sobre cómo *los principios de equidad y responsabilidades comunes pero diferenciadas* son operacionalizados y como la naturaleza precisa de la diferenciación será articulada en los acuerdos a ser desarrollados (...) Un resultado exitoso de la Plataforma de Durban debe ser construido sobre *la equidad* e incorporar debidamente *los requerimientos de las responsabilidades comunes pero diferenciadas*. Esto es necesario no solo para elevar el nivel de ambición de las partes para el objetivo común de estabilización sino también para asegurar que los objetivos de desarrollo social y económico y erradicación de la pobreza en los países en desarrollo no sea comprometido.” (el destacado es nuestro) India’s Submission On Work Plan Of The Ad Hoc Working Group On The Durban Platform For Enhanced Action Including, Inter Alia, Mitigation, Adaptation, Finance, Technology Development And Transfer, Transparency Of Actions, Support And Capacity Building. UNFCCC/ADP/2012/MISC.3 . Traducción propia.

de la CMNUCC, en circunstancias que la equidad, al contrario de los demás contenidos en dicha norma, no es siquiera es un principio de derecho internacional ambiental, tema que ha sido soslayado sistemáticamente por la doctrina y sobre el cual no ha problematizado lo suficiente.

En consecuencia, las discusiones en torno al alcance legal de los principios de derecho internacional ambiental involucrados en las interpretaciones de la equidad carecerían de relevancia toda vez que perfectamente podrían integrar el concepto de equidad, sin que por ello fuese cuestionado el valor jurídico de la respuesta otorgada a través de la equidad.

En lo que respecta al régimen de cambio climático esta nueva concepción de la equidad se traduciría precisamente en el requerimiento de dinamismo y flexibilidad en la interpretación de los principios que a su vez delimitan el ámbito de las respuestas dadas al interior del régimen. En consecuencia, que los Estados Partes deban proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades no debiera ser interpretado como una invocación a una regla de justicia distributiva o correctiva o una apelación (reiterativa) a la equidad intergeneracional, sino más bien y especialmente como un llamado a las Partes a mantener cierta flexibilidad en la manera de aplicar e implementar la Convención a través del tiempo.

A estas alturas cabe preguntarse en torno a qué debe ser flexible el régimen, o en otras palabras, qué elementos del contexto en las dos décadas que han transcurrido desde la negociación de la Convención, han variado de manera suficientemente significativa como para resultar relevantes a la hora de establecer los lineamientos que a su vez han de definir los compromisos concretos mediante los cuales se pueda avanzar en la satisfacción del objetivo impuesto por la Convención. Por supuesto la respuesta es compleja, pero al menos, debiese integrar la progresiva certidumbre en torno al origen antrópico del cambio climático y el desarrollo económico alcanzado por algunos Estados desde la suscripción de la CMNUCC, cuyo mayores exponentes son las denominadas economías emergentes.

Ahora bien, antes de abordar estas preguntas es necesario señalar que el carácter flexible que se destaca a través de la equidad no es la única consecuencia relevante para el régimen de cambio climático de la teoría elaborada por Franck. A este respecto es necesario referirse a dos elementos jurídicos sobre los cuales este autor erige y fundamenta su teoría, tales son sus concepciones de legitimidad y justicia distributiva, a los cuales nos referiremos a continuación.

3.2.-Equidad como articulación entre legitimidad de las normas y justicia distributiva y su relación con el régimen de Cambio Climático.

De la exposición realizada en el apartado anterior podría suponerse que, como resultado de la aplicación de la equidad, cualquier resultado podría ser posible. Después de todo, si la equidad permite integrar dentro de la discusión jurídica una amplia variedad de justificaciones, entonces la equidad no sería nada más que una herramienta argumentativa con la cual sería posible extender los límites del derecho internacional hasta donde la imaginación, los intereses, o la ambición de los intereses de los Estados Partes pudiera alcanzar.

Sin embargo esta forma de comprender la concepción de equidad propuesta por Franck es errónea, en tanto el autor justifica la aplicación de la equidad como resultado de la conjunción de dos elementos jurídicos ante los cuales la respuesta en equidad debe ajustarse. Justicia distributiva y legitimidad están llamadas a enfrentar problemas distintos dentro del derecho, como es la necesidad de conjugar la necesidad de integrar los cambios derivados de las nuevas circunstancias en un instrumento de orden social generalmente rígido como es el derecho.

Para explicar lo anterior es necesario comenzar señalando que Thomas Franck inicia su argumentación sosteniendo que el derecho internacional ha entrado en una era “post-ontológica” –esto es, un estadio de desarrollo en que ya no es necesario defender el estatus del derecho internacional en cuanto derecho- sino que en cambio,

los esfuerzos de los comentaristas deben concentrarse en los resultados que ofrece el derecho internacional, es decir si las respuestas que este provee resultan equitativas.

En este sentido Scobbie, apunta: “para Franck la equidad, o al menos la equidad en lo que tiene de relevante para el derecho internacional público, tiene dos vectores; el requerimiento de legitimidad y el de justicia distributiva. La legitimidad es fundamentalmente una cuestión de procedimiento –el requerimiento que los mecanismos apropiados estén ubicados para asegurar la creación, interpretación y aplicación del derecho. La justicia distributiva es relativa, por otro lado, con el mérito substantivo de las reglas: ¿Es apropiado o correcto el reparto de cargas y beneficios a través de la sociedad por las reglas en sí? Franck observa que estos dos factores tienen funciones diferentes –la legitimidad afecta al orden, mientras que la justicia tiene que ver con el cambio. (...) Luego hay siempre un potencial de conflicto entre estos dos vectores como que estos están encapsulados en diferentes aspectos de la equidad: la legitimidad examina la equidad en el proceso y la justicia distributiva la equidad en la moral”²⁰³.

En otras palabras, para este autor la equidad permite conjugar dos aspectos materiales–orden y cambio- con las nociones jurídicas de debido proceso y justicia. El debido proceso representa la vocación de orden del sistema, en la medida que las nuevas normas respondan a un proceso establecido con antelación por los participantes del sistema. La idea de cambio, o más precisamente lo relativo a cómo el derecho recoge estas nuevas circunstancias es representado por el grado de justicia de las normas. De ahí que Scobbie sostenga que: “El discurso de equidad para Franck es el método por el cual la tensión entre orden y cambio puede ser negociado socialmente, tomando en cuenta ambos factores. (...) Un sistema legal justo debe administrar ambos elementos, orden y cambio, legitimidad y justicia distributiva, porque la gente juzga la validez de un sistema legal en términos de sus consecuencias”²⁰⁴.

Desde ya es posible apreciar que ambos elementos subyacen a las principales problemáticas que envuelve el régimen de cambio climático. Por una parte la justicia es

²⁰³ SCOBBIÉ, Ian. Tom Frack's Fairnes. *European Journal of International Law*. Vol. 13 (4). 2002. Pp 910. Traducción propia.

²⁰⁴ *Ibidem*.

un tema profusamente analizado en el régimen de cambio climático. Así por ejemplo Caney, examinando cuál es la manera más justa de hacer frente a las cargas creadas por el cambio climático global se pregunta: ¿Quién debe llevar las cargas? ¿Debería ser los causantes del problema? ¿O deberían ser aquellos mayor capacitados de lidiar con el problema? ¿O deberían ser otros?²⁰⁵.

Por otro lado, cuestiones de legitimidad surgen a propósito de los procedimientos de decisión involucrados en las negociaciones. Al respecto los miembros de ILA a propósito del polémico Acuerdo de Copenhague señalan: “Ciertas normas, prácticas y procedimientos infunden de legitimidad al proceso bajo la CMNUCC, sin embargo, éstos procedimientos pueden hacer que el proceso muy engorroso, en detrimento de la capacidad del proceso para hacer realidad los objetivos del régimen de cambio climático”²⁰⁶.

En síntesis, la equidad debe ofrecer una respuesta acorde a la justicia distributiva y la legitimidad, que son para Franck elementos constitutivos de la misma. Sin embargo, es posible apreciar que para este autor ambos conceptos tienen un contenido definido: así mientras la legitimidad es relativa al respeto del debido proceso, la justicia distributiva busca dar una respuesta respecto a las cuestiones morales que surgen en el reparto de cargas y beneficios dentro de la comunidad internacional.

En consecuencia, las reglas de derecho internacional serán obedecidas –a falta de mecanismos de coerción- en tanto éstas sean el resultado válido de un proceso de creación de normas. Y será válido en la medida que la nueva regla sea creada conforme al ordenamiento jurídico sobre el cual se asienta, tanto desde un punto de vista material como formal.

Sin embargo, la validez no es el único indicador para resolver la pertinencia de la aplicación de una regla, especialmente en aquellos casos grises caracterizados ya sea por la configuración oscura de la norma, o bien por la aplicación inidónea de la norma a una situación novedosa no considerada por el Derecho. En estos casos se requiere de

²⁰⁵ CANEY, Simon. *Cosmopolitan Justice, Responsibility and Global Climate Change*. Leiden Journal of International Law 18. 2005. Pp. 747. Traducción propia.

²⁰⁶ Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 372.

un elemento extra –la legitimidad- que justifique la aplicación o interpretación de una norma a un caso concreto.

El examen de la legitimidad al interior del sistema internacional realizado por Franck parte del cuestionamiento sobre por qué las reglas de derecho internacional, sin el apoyo de una estructura de coerción comparable a una fuerza policial nacional, obtienen cumplimiento incluso contra el auto interés percibido por parte de la soberanía estatal. Su respuesta es que el cumplimiento voluntario de parte de los Estados depende en buena parte de la percepción de legitimidad que existe respecto a la norma de que se trate.

Soltau explica lo anterior de la siguiente manera: “Franck une el debido proceso a la legitimidad –las decisiones o distribuciones son legítimas donde ellas son resultado de un proceso justo. Cuando éste dice que una regla o su aplicación es legítima, esto implica que la regla fue hecha o aplicada de acuerdo con el debido proceso y que, como consecuencia, es meritoria de cumplimiento voluntario”²⁰⁷.

Sin embargo, antes de continuar cabe hacer presente que la legitimidad no es ni la única ni la principal razón que motiva a los Estados al cumplimiento de una regla de derecho. El autor simplemente destaca que este aspecto es relevante en la elección racional que realizan los Estados ante el cumplimiento de una norma, ya que lo que está en juego detrás del cumplimiento de una norma es la aspiración del sometimiento de la comunidad toda al derecho en cuanto tal. En palabras del autor: “La elección racional, en otras palabras, debe tomar en cuenta el importante interés del Estado – incluso una superpotencia- en fortalecer la regla de derecho en las relaciones interestatales por la vía de hacerse a sí mismo rehén de la regla, a través de su cumplimiento, incluso en detrimento de sus intereses nacionales de corto plazo”²⁰⁸.

Este argumento trasladado al ámbito del régimen de cambio climático permitiría explicar, por ejemplo, los motivos por los cuales aquellos países desarrollados del denominado bloque norte se comprometieron mediante el Protocolo de Kioto a la

²⁰⁷ SOLTAU, op. cit., Pp. 147.

²⁰⁸ FRANCK, Thomas. The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an age of Power Disequilibrium. The American Journal of International Law. 2006. Vol. 100. Pp. 93. Traducción propia.

reducción cuantificada de emisiones -aún a riesgo de ver afectadas sus economías internas- en circunstancias que según las estimaciones realizadas por el IPCC, los efectos del cambio climático sobre sus territorios serían menos graves e incluso en algunos casos hasta beneficiosos respecto de ciertos Estados²⁰⁹.

En otras palabras, la generación de normas y su cumplimiento en el régimen climático puede obedecer a motivaciones que no siempre serán acordes a los intereses domésticos de corto y mediano plazo que generalmente definen la conducta internacional de los Estados. Por el contrario es posible comprobar que los Estados se comprometen activamente en la comunidad internacional aún en contra de sus intereses. Para Franck la respuesta estaría dada por el sentimiento de comunidad, una especie de “membresía” que permite participar de un “estatus deseable, que es manifestado cuando los miembros han internalizado sus deberes y privilegios”²¹⁰.

Ringus aborda de manera tangencial esta cuestión al referirse a la relación entre la interpretación de la equidad y las posibilidades de lograr un consenso al interior del régimen: “Las normas de equidad pueden ser una fuente de conflicto como también una plataforma de acuerdo. Nociones de equidad pueden proveer una base para un régimen internacional solo si hay un cierto mínimo de consenso entre lo que es justo e injusto, una masa crítica de actores debe, en otras palabras, suscribir a las mismas normas”²¹¹.

En otras palabras, este autor destaca que para que sea posible la equidad debe existir consenso en relación a lo justo (es decir, aquello que es percibido como

²⁰⁹ A este respecto Posner, por ejemplo, señala: “Según estas estimaciones, es evidente que algunas naciones son mucho más vulnerables que others. Se espera que Estados Unidos, China y Rusia pierdan relativamente poco por un aumento de temperatura de 2,5 C, de hecho, se espera que Rusia gane a propósito de este calentamiento (...) Al igual que Rusia, se ha proyectado que China se beneficiara en términos de agricultura, y mientras sufrirá pérdidas de salud, ellas serán relativamente modestas, muy por debajo de aquellas esperadas en África e India.” En POSNER, Eric y SUNSTEIN, Cass. *Climate Change Justice*. 2007 [en línea] <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/354.pdf>> [consulta: 09 de Diciembre de 2014]. Traducción propia.

²¹⁰ FRANCK, Thomas. *Legitimacy in the International System*. *The American Journal of International Law*. Vol. 82 (4). 1988. Pp. 711. Traducción propia.

²¹¹ Véase: LASSE, Ringius, op. cit. Pp. 4.

legítimo) a efectos de obtener la sumisión a la regla por parte de los miembros de la comunidad.

Volviendo a Franck legitimidad significa “la cualidad de una regla que deriva de la percepción de una parte de aquellos a quienes está dirigida que esta surge de acuerdo a un debido proceso”²¹². Por consiguiente, Franck señala que de lo que se trata es de determinar el significado de debido proceso dentro del derecho internacional. Con tal propósito este autor se enfoca en un aspecto específico de la legitimidad, la denominada legitimidad de las normas, es decir se concentra en el resultado comprobable del debido proceso, en lugar de los procesos e instituciones a través de los cuales las reglas llegan a existir. Bajo esta línea de argumentación destaca cuatro elementos que permitirían discernir sobre la legitimidad de una norma: determinación, validación simbólica, coherencia y adherencia. A continuación nos referiremos brevemente a cada uno de ellos.

“Determinación es lo que hace que el mensaje de la regla sea claro o transparente. Esto es usualmente logrado por el texto de una regla que explícitamente declara un límite entre lo permisible y lo impermisible, o por la designación de un proceso de clarificación en una instancia de disputa del significado de la regla. En otras palabras, una regla que es vaga puede todavía ser vista como legítima si su aplicación, en instancias de refutación dadas, es abierta a un proceso que conceda especificidad”²¹³.

Un ejemplo paradigmático respecto a la determinación (o más bien la ausencia de) es posible de hallar en el artículo 2° de la CMNUCC al señalar que el objetivo de la misma es lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”. Este objetivo si bien representa una aspiración, un propósito hacia el cual inclinar los esfuerzos, carece de determinación en el sentido que no explícita de manera clara las obligaciones que se derivan hacia las partes.

El Protocolo de Kioto, resultante del esfuerzo de la Conferencia de las Partes, iniciado a través del Mandato de Berlín tuvo como propósito subsanar la falta de

²¹² Véase: FRANCK Thomas. Legitimacy in the... Pp. 706.

²¹³ Véase: FRANCK, Thomas. The Power of Legitimacy... Pp 94.

especificidad del objetivo de la CMNUCC²¹⁴. Sin embargo, como se sabe, los objetivos cuantificados de reducción de emisiones no fueron alcanzados.

El segundo elemento que conforma la legitimidad normativa es la denominada “validación simbólica” “la cual ocurre cuando una señal es usada como una pista para obtener el cumplimiento de una orden”. En otras palabras la validación simbólica de una norma se relaciona con el respeto de ciertas formalidades propias de cada sistema normativo que indican que la norma está conforme con el sistema de creación de la misma. Para Franck la validación normativa se obtiene y materializa a través de dos formas: la primera, denominada ritualismo, se refiere a aquellas ceremonias que proporcionan pruebas sobre obtener cumplimiento, y la segunda, denominada pedigree, enfatiza sobre los orígenes y evolución histórica de una norma.

Conforme a lo anterior, es posible apreciar por ejemplo que la CMNUCC posee una suficiente validación simbólica, en tanto es un tratado elaborado conforme a las reglas que prescribe la Convención de Viena, es decir, posee el “pedigree” suficiente para comprobar su validez, lo cual deja fuera de dudas su cumplimiento obligatorio.

Por el contrario, tanto las declaraciones como las resoluciones emanadas de las COPs carecerían de validación simbólica, ya que al no ser “decisiones”, quedarían al margen de lo prescrito en el artículo 7.2 del mismo cuerpo legal²¹⁵, siendo una cuestión controvertida su obligatoriedad para los Estados²¹⁶.

Por otro lado, en lo que respecta a la coherencia, Franck cita a Dworkin quien bajo el término “integridad” señala “una regla será coherente cuando casos semejantes sean tratados como semejantes en aplicación de una regla y cuando al mismo tiempo esta regla se relaciona con otras reglas del mismo sistema. De esta manera la consistencia requiere que una regla (...) sea aplicada uniformemente en cada instancia

²¹⁴ “Adoptado por la primera COP, el Mandato de Berlín propone el fortalecimiento de los compromisos de las Partes Anexo I, a través de la adopción de un Protocolo u otro instrumento legal vinculante...” Véase INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 350.

²¹⁵ En lo pertinente dicho artículo señala: “La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomara las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención”.

²¹⁶ Véase: ARÍSTEGUI, Juan Pablo, op. cit. Pp. 50.

“similar” o “aplicable”²¹⁷. Luego el autor precisa este concepto indicando: “la coherencia exige una conexión entre varias partes que componen una regla o código, entre varias aplicaciones posibles de una regla, en diversas instancias, y entre los principios de general aplicación que subyacen a una regla y aquellos implicados en otras reglas”²¹⁸.

Expresión de esta necesidad de coherencia puede apreciarse, por ejemplo, en la Decisión 1/CP.17 que crea Grupo de Trabajo de la Plataforma de Durban para una acción reforzada, mandatándole “iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal en el marco de la Convención que sea aplicable a todas las Partes”, ya que al decir que dicho proceso debe ser “en el marco de la Convención” se ha interpretado como un requerimiento de coherencia entre la CMNUCC y el nuevo documento que se haya de adoptar.

Adherencia finalmente “es usada aquí para significar el nexo vertical entre una *regla primaria de obligación* [en términos Hartianos] (por ejemplo, cruzar en verde, parar en rojo) y una pirámide de reglas secundarias sobre cómo las reglas son hechas, aplicadas e interpretadas: reglas, en otras palabras, sobre reglas”²¹⁹. Según Franck es más probable que una regla obligue si está hecha dentro de una estructura institucional y procedimental de una comunidad organizada, que si ésta es estrictamente un acuerdo entre partes en un estado de naturaleza. Y la misma regla es todavía de más probable cumplimiento si es hecha dentro del marco constitucional y procedimental jerárquicamente estructurado que si lo es en una comunidad primitiva que carezca de tales reglas secundarias”²²⁰.

En pocas palabras, adherencia viene a significar una valoración positiva, es decir, el mayor poder de persuasión de una regla si la misma deriva de un procedimiento estructurado. Tal sería el tamiz de las decisiones emanadas de las Conferencias de las Partes²²¹ y en este sentido, y bajo este marco de análisis puede ser interpretado el

²¹⁷ Véase: FRANCK Thomas. Legitimacy in the... Pp. 741.

²¹⁸ Véase: FRANCK Thomas. Legitimacy in the... Pp. 750.

²¹⁹ Véase: FRANCK Thomas. Legitimacy in the... Pp. 752.

²²⁰ *Ibidem*

²²¹ “Los Artículos 7.2 y 7.3 de la CMNUCC señalan que la CP adoptará Reglas de Procedimiento por consenso. Las reglas se prepararon en A/AC.237/L.22/Rev.3 (1995) y se

descrédito del Acuerdo de Copenhague, en tanto fue elaborado al margen del procedimiento acordado por Partes.

Con respecto a dicho acuerdo, Bushey describe las cuestiones de legitimidad surgidas en la COP realizada en Copenhague de la siguiente manera: “La negociación de Copenhague estuvo cargada de controversias políticas sobre los temas relativos a la participación y la transparencia. Esta controversia enlenteció la negociación en última instancia y descarriló la adopción formal del Acuerdo de Copenhague. Entre la muy publicitada fuga del “texto danés”, las negociaciones a puertas cerradas que condujeron al texto en sí del acuerdo y la expulsión de grupos de la sociedad civil de la Conferencia durante los días finales de la reunión, la COP15 estuvo marcada de cuestiones de participación y transparencia”²²².

Sin embargo, cabe hacer notar que desde su elaboración, las normas de procedimiento para la toma de acuerdos por la Conferencia de las Partes ha sido una cuestión en sí misma controvertida. Así ha sido puesto de relieve por Gupta, quien explica: “Existen dos aspectos controversiales de las Reglas de Procedimiento: uno es la votación sobre acuerdos y el otro es la representación regional en el Bureau, que es el que realmente conduce las reuniones de las COPs. Las decisiones se pueden adoptar por consenso o por acuerdo alcanzado por votación. El consenso requiere un acuerdo de todas las Partes. La votación requiere el acuerdo de varias Partes, dependiendo de la definición de las reglas de votación. La Regla 42 trata los procedimientos de votación. Hasta el momento no se ha llegado a un acuerdo con respecto a este artículo y en consecuencia no se aplica. La Regla 22 también ha generado controversias, ya que no se alcanzó un acuerdo con respecto a cómo las

enmendaron en CMCC/CP/1996/2 (1996). Las Reglas preliminares de Procedimiento aún no se han adoptado debido a los desacuerdos pendientes en la Regla 22 (párrafo 1) y en la Regla 42 (párrafo 1). Sin embargo, las Reglas preliminares de Procedimiento se están aplicando provisionalmente, con la excepción de la Regla 42” GUPTA, Joyeeta. En nombre de mi delegación. [En línea] < http://www.iisd.org/ckn/pdf/my_delegation_es.pdf > [consulta el 02 de Diciembre de 2014]

²²² BUSHEY Douglas y JINNAH Sikina. Evolving Responsibility? [En línea] <The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCC. <<http://bjil.typepad.com/Publicist06-Bushey-Jinnah-final.pdf>> [consulta el 09 de Diciembre de 2014]. Pp. 9. Traducción propia.

regiones estarían representadas de manera equitativa en el Bureau. Sin embargo, ese último artículo se está aplicando”²²³.

Es decir, a pesar de la existencia de discrepancias en torno al procedimiento a través del cual debe materializarse el consenso necesario para arribar a las decisiones, no cabe duda que en último término sean estas reglas a las cuales la Conferencia de las Partes deben ceñirse para alcanzar dicho resultado. Existe por tanto una convicción en torno a la legitimidad de tales reglas, y de ahí que resultados como el acuerdo de Copenhague, resulten tan fuertemente cuestionados.

Recapitulando, determinación, validación simbólica, coherencia y adherencia son factores que permiten evaluar desde distintas perspectivas la legitimidad que subyace en las distintas normas que instituyen y regulan el régimen de cambio climático y orientan finalmente el cumplimiento de las Partes. Y de la misma manera en que es posible aplicar un test de legitimidad normativa de las normas existentes en el ámbito de la Convención –como ha quedado ilustrado en los ejemplos a que se ha hecho mención- es posible examinar desde la perspectiva de la equidad todas las normas que surgen en el marco de la Convención.

Finalmente, cabe notar que este requerimiento de equidad y legitimidad de las normas es subrayado por las Partes, en el contexto de la Plataforma de Durban respecto de los resultados que se esperan de dicho proceso: “La equidad y las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades son principios de la CMNUCC y deben ser la base de la negociación de todos los aspectos de la Plataforma de Durban, el cual debe apuntar a fortalecer el régimen mejorando la efectividad y la justicia. Las obligaciones equitativas deben caracterizar todos los aspectos del resultado final de la Plataforma de Durban”²²⁴.

En este sentido, parece difícil sostener que la mención a “obligaciones equitativas” pueda ignorar los aspectos de legitimidad involucrados en el proceso de creación de normas, como así también en las normas en sí mismas. De ahí la importancia de tener

²²³ GUPTA, Joyeeta. En nombre de mi delegación. [En línea] <http://www.iisd.org/cckn/pdf/my_delegation_es.pdf> [consulta el 02 de noviembre de 2014]

²²⁴ Submission of Brazil On The On The Work Plan Of The Ad Hoc Working Group On The Durban Platform For Enhanced Action. (FCCC/ADP/2012/MISC.3). Pp. 16

en consideración las características de la legitimidad normativa anteriormente reseñadas, no solo en cuanto al resultado sino también en el proceso mismo de creación.

Cabe ahora referirse al segundo de los elementos sobre el cual Franck construye su discurso de equidad, cual es la justicia distributiva. A este respecto conviene señalar que la necesidad de satisfacer un requerimiento de justicia distributiva desde una perspectiva jurídica no surge en cualquier contexto. Por el contrario, según este autor, para que sea procedente deben concurrir dos condiciones: escasez moderada de bienes a ser distribuidos, y un sentido de comunidad caracterizando el sistema. A ello nos referiremos a continuación.

Respecto a la idea de escasez moderada Scobbie sintetiza y resume las ideas de Franck: “Por escasez moderada Franck quiere decir que los bienes a ser distribuidos no pueden ser tan abundantes que no surjan cuestiones respecto a su distribución. La equidad es tema solo cuando no hay suficiente de un bien para satisfacer a cada uno completamente, y se debe compartir”²²⁵. Es importante señalar que la escasez es una cuestión de carácter relativo, que depende de la demanda sobre el bien de que se trate. De esta manera, habrá escasez si el bien es altamente demandado aun cuando exista en abundancia y viceversa.

En cuanto a la segunda condición, es de notar que Franck al abordar el tema de la comunidad, establece un concepto con características definidas: un sistema social con relación de continuidad basado en valores compartidos y reciprocidad. Al respecto Scobbie puntualiza: “Por otro lado, la distribución puede suceder solamente dentro de una comunidad; debe haber una estructura social subsistente dentro de la cual la distribución tenga sentido, no puede suceder en una sociedad vacía. Por comunidad Franck quiere decir un sistema social que asume alguna relación de continuidad y estructura entre los actores que está basada en valores compartidos y reciprocidad – sobre la promesa implícita de tratar iguales como iguales”²²⁶.

²²⁵ Véase: SCOBBIÉ, Ian. Pp. 910.

²²⁶ Véase: SCOBBIÉ, Ian. Pp. 911.

Ahora bien, respecto a la idea de valores compartidos y reciprocidad que caracterizan a una comunidad el autor se expresa: “El elemento de reciprocidad que fundamenta el surgimiento de la comunidad no se relaciona únicamente con reglas y derechos, sino también con valores e imperativos morales compartidos. Para apreciar este aspecto de la naturaleza recíproca de la comunidad, es necesario comprender que sus miembros comparten un sistema no solo legal sino también moral. El derecho en una comunidad por consiguiente prueba no sólo la convicción generalmente sostenida que se debe hacer lo que el derecho requiere, sino también que cada cual descargará en los demás aquellas obligaciones que surgen de un sentido de moral compartida”²²⁷.

Desde ya es posible relacionar los dos supuestos antes descritos y el tema del cambio climático. En efecto, respecto del primer elemento, la escasez moderada del recurso se verifica en tanto la atmósfera al ser utilizada (y por tanto demandada) por todos, no puede ser concebida como un sumidero de emisiones indiscriminadas de gases de efecto invernadero sin que ello suponga un grave peligro no sólo para el recurso en sí, sino también para todo el ecosistema.

En otras palabras, la escasez moderada del recurso tiene que ver con el servicio ecosistémico en particular que el recurso presta para una situación dada. De tal manera, si bien la atmósfera no dejará de existir por la acumulación de GEI, su capacidad de carga se está viendo sobrepasada y en ese sentido el recurso es escaso y debe ser compartido.

En este sentido, el propio artículo 2° de la CMNUCC señala como su objetivo “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”, lo cual en otras palabras significa que una vez determinado dicho umbral los Estados Partes debieran procurar no superarlo. Ahora bien, lo anterior no significa necesariamente que la distribución deba responder a una idea de propiedad, o a un derecho de emisión, o a alguna forma determinada de distribución del recurso, sino

²²⁷ *Ibidem*.

simplemente a la necesidad de ordenación en el uso del bien en atención a la escasez que presenta.

Respecto al segundo de los elementos, a pesar de la diversidad de intereses vertidos en las negociaciones de las COPs, pareciera una cuestión fuera de duda que la CMNUCC establece un sistema inspirado de una vocación de comunidad. Lo anterior puede apreciarse no sólo a propósito del lenguaje utilizado sino también a través de los compromisos de asistencia y cooperación que la Convención plantea, los cuales se fundamentan precisamente en un deber moral frente a la necesidad de asistir a otros Estados considerados más vulnerables frente a los impactos climáticos.

En este sentido, Cullet explayándose respecto del principio de solidaridad que subyace al régimen establecido por la CMNUCC, señala: “El principio de solidaridad constituye una de las bases éticas del sistema de relaciones interestatales. Este es a menudo visto como un elemento esencial de la existencia de la comunidad de Estados y una característica básica inalterable del derecho internacional. En este sentido, solidaridad es una norma moral básica inexigible, sin embargo obligatoria de las relaciones pacíficas entre los Estados. Esto refleja no sólo la interdependencia interestatal, sino también la responsabilidad de los Estados para garantizar que sus políticas económicas, ambientales o de otro tipo no dañen a otros Estados, como así mismo una prohibición de interferir con los intereses de otros estados”²²⁸.

Sin embargo, esta perspectiva no es del todo pacífica. Ciertos autores cuestionan que exista una suerte de deber de asistencia de parte de los países más ricos hacia los más desfavorecidos. Así por ejemplo, Posner establece una analogía entre la problemática del cambio climático y la posibilidad que un asteroide impacte a India dentro de cien años. En este supuesto, Posner se cuestiona: “¿Tienen los países ricos, como Estados Unidos, la obligación de aportar importantes sumas de dinero para proteger a la India del asteroide? Por razones de justicia distributiva, es tentador pensar que sí. Pero de llegar a esa conclusión ¿Cuál sería la diferencia entre este caso

²²⁸ CULLET, Philippe. Equity and Flexibility Mechanisms in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues. Review of European Community & International Environmental Law. Vol. 8, 1999. Pp. 169. Traducción propia.

y otro en que India sostuviese que, hoy sería capaz de evitar millones de muertes prematuras por enfermedades y desnutrición si los Estados Unidos le diese (por ejemplo) un uno o dos por ciento de su Producto Interno Bruto? Si una nación se ve amenazada por la malaria o un tsunami, otras naciones bien pueden estar de acuerdo en que es apropiado ayudar; es sin duda generoso y encomiable ayudar a quienes lo necesitan. Pero incluso las naciones generosas no consideran que una nación amenazada tenga en general un derecho a la asistencia”²²⁹.

Lo cierto es, sin embargo, que la práctica internacional está plagada de ejemplos en los cuales se materializa este deber de asistencia, entre los cuales el régimen de cambio climático, no está al margen. Por lo demás, el ejemplo de Posner trata de manera un tanto ligera la propia naturaleza de los efectos esperados del cambio climático, ya que si bien se acepta que afectará de distinta manera a cada país, no cabe duda, que por la naturaleza global del problema, toda la comunidad internacional resultara afectada ya sea de manera más o menos directa y por supuesto sin consideración de las fronteras estatales. Es decir, la ayuda puede beneficiar no solo a los destinatarios directos, sino a toda la comunidad.

El mismo autor omite además señalar que, a diferencia del ejemplo del asteroide, el cambio climático es resultado de la “política económica y ambiental” atribuida mayoritariamente a cierto grupo de países pero cuyas repercusiones se harán sentir en otros que poco han aportado al problema. De ahí que exista una mayor necesidad de colaborar en una respuesta mancomunada frente a este fenómeno.

Por otro lado, es necesario subrayar que el concepto de equidad que Franck desarrolla es de carácter contingente, en el sentido que depende siempre de la cambiante estructura social sobre la cual se asienta. Por ello Franck prefiere hablar en términos de un discurso de equidad, es decir, un proceso argumentativo en el cual cobra importancia el desarrollo de justificaciones para una determinada interpretación de aquello que debe ser considerado como derecho.

²²⁹ POSNER A., Eric y SUNSTEIN R. Cass. Climate Change Justice. 2007 [en línea] <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/354.pdf>> [consulta: 09 de Diciembre de 2014]

A efecto de restringir las posibilidades del discurso argumentativo el mismo autor deriva la necesidad de examinar la coherencia entre el contexto social y la relación con la equidad. Con dicho objetivo Franck identifica dos parámetros, denominados guardianes del discurso. Tales son: “no trumping” o la prohibición de excluir temas a negociar y “maximin”, que equivale al principio de diferencia de Rawls.

En palabras del autor: “La equidad no está “afuera” esperando ser descubierta, es el producto de un contexto social e histórico- pero hay parámetros que deben existir para que el diálogo de equidad sea viable (...) La función de estos principios guardianes es, al mismo tiempo actuar como evidencia de la existencia de una comunidad basada en reciprocidad, pero también proveer un núcleo compartido de presupuestos, que “circunscribe el ámbito de lo que otra manera sería una elección ilimitada”²³⁰.

Ahora bien, los denominados “principios guardianes” merecen mayor atención en tanto no sólo sirven para analizar el discurso de equidad sino también perfilan los amplios contornos de los aspectos substantivos de la equidad, es decir las cuestiones de justicia distributiva que se encuentran involucradas. De esta manera el primero de tales principios guardianes implica que no hay valores no negociables que actúen como una “carta de triunfo”, es decir que mediante su invocación se pueda hacer del discurso de la equidad un discurso ocioso.

El segundo principio, el “maximin principle”, Franck lo recoge de la teoría de Rawls y, “en su raíz, equivale a declarar que una desigual distribución de bienes es justificable solo si estrecha, o al menos no amplía, las desigualdades existentes en los derechos entre personas o Estados. Mientras descarta algunos métodos de distribución de bienes, el maximin principle en sí mismo no determina un resultado dado sino más bien un rango de resultados aceptables, dejando la última decisión para la negociación entre los participantes”²³¹.

Por otro lado, es de observar que las consecuencias resultantes de la aplicación del análisis recién desarrollado son aplicadas por la doctrina respecto del régimen de

²³⁰ Véase: SCOBIE Ian, op. cit. Pp. 912.

²³¹ *Ibidem*

cambio climático. La diferencia, no obstante, se refiere a los fundamentos que en uno y otro caso conducen a las consecuencias recién descritas²³².

Finalmente es necesario subrayar que para este autor: “la equidad no es una destinación dada, es un viaje en proceso, la equidad como destinación permanece para nosotros siempre como una cuestión abierta (...) El tema no es una definición de equidad en la sociedad en cualquier instancia o momento en particular, sino más bien, la apertura a un proceso en que la equidad es alcanzada”²³³.

Lo anterior es concordante con la ausencia de una conceptualización de la justicia climática en el ámbito de las negociaciones: “Sin embargo, los acuerdos alcanzados hasta hoy en el seno de la CMNUCC no hacen referencia expresa a ninguna pauta interpretativa acerca de la justicia climática. En efecto, los documentos oficiales disponibles no mencionan criterios de justicia distributiva (igualdad absoluta, igualdad relativa o a favor de la aplicación de la regla maximin, etc.) para asignar entre las partes el sacrificio de reducir las emisiones netas de GEI o para pagar los costes de la adaptación al cambio climático”²³⁴.

En consecuencia, persiste la duda sobre cuales elementos reflejan el contexto en el régimen de cambio climático. La respuesta tentativa que esta investigación sugiere es que dichos elementos hay que buscarlos en la propia Convención, específicamente en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades, que como se verá es el medio por el cual la equidad se concreta al interior del régimen.

²³² Así por ejemplo ILA, sin mencionar a Franck, concluye respecto a las funciones de la equidad: “Dónde no hay reglas aplicables o dónde existen reglas que no son suficientemente claras, la equidad exhibe las siguientes funciones: Primero, la equidad permite a un juez o a un tomador de decisiones considerar los factores extra legales relevantes y las circunstancias de este modo dirigen a un recto y justo resultado aceptable por las partes. Segundo, la equidad permite el uso de elementos de procedimiento que permite considerar todos los factores ambientales produciendo resultados ambientalmente benéficos. Finalmente la equidad apunta a la elaboración de reglas específicas aplicables a la materia donde hay abundancia de precedentes.” INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Pp. 367

²³³ Véase: SCOBIE Ian, op. cit. Pp. 915.

²³⁴ YABAR, Ana. La equidad en el diseño de una solución cooperativa para el post-Kioto. [En línea] http://www.ucm.es/data/cont/docs/302-2013-11-12-Articulo_A.Yabar.pdf [Consulta: 09 de Diciembre de 2014] Pp. 95.

3.3.- El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas como aplicación de la equidad.

¿De qué manera se relaciona el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la equidad? Usualmente la doctrina dedicada a analizar el régimen jurídico del cambio climático ha estudiado el CBDR&RC y la equidad de manera aislada, relacionando ambas cuestiones solo de manera tangencial. En tal sentido, es posible identificar una abundante bibliografía que analiza uno u otro aspecto, sin ofrecer una justificación ante tal elección, lo cual parece ser resultado de la interpretación habitual que se ha hecho de la equidad, es decir, como una especie de principio de igual jerarquía dentro del marco establecido en el artículo tercero de la Convención.

Sin embargo, al concebir la equidad como un elemento estructurante del régimen internacional, es posible modificar el enfoque respecto a la manera en que dicho concepto debe relacionarse con el resto de los principios contenidos en el artículo 3 de la CMNUCC. En otras palabras, la equidad adquiriría carácter concreto a partir del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Lo anterior ya ha sido advertido por algunos autores quienes señalan que es precisamente a través del CBDR que la equidad es llevada a la práctica en el régimen del cambio climático. A este respecto Louka por ejemplo señala: “El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, es una articulación posible del concepto de equidad. Los países han diferenciado las responsabilidades con respecto a la protección del medio ambiente, porque no todos los países han contribuido en la misma medida a la degradación del medio ambiente y porque no todos los países tienen la misma cantidad de recursos para dedicar a los problemas ambientales. El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas ha encontrado articulación en las Convenciones sobre cambio climático y ozono en las cuales explícitamente

señala que los países desarrollados deben proporcionar fondos adicionales a los países en desarrollo con el fin de asegurar la aplicación de estos tratados²³⁵.

De manera similar otra autora, refiriéndose a la arquitectura de Kioto, señala: “la equidad es un término con raíz filosófica que permite enjuiciar las actividades de mitigación y para la adaptación desde la perspectiva de la aplicación de los principios de responsabilidad y capacidad, necesidad y aportación, entre los Estados que son partes de la CMNUCC²³⁶”.

Finalmente, Honkonen analizando el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas recalca: “Se puede decir que, a pesar de sus problemas, la Convención de Cambio Climático y el Protocolo de Kioto constituyen un paso mayor en la concretización del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y más ampliamente de la equidad en las relaciones internacionales²³⁷”.

En síntesis ciertos autores reconocen una relación intrínseca entre el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades y la equidad. No llama la atención que estos mismos autores se refieran a la equidad sin denominarla como un principio, toda vez que, como aquí se ha señalado, la equidad no poseería tal calidad, al menos dentro del ámbito del cambio climático.

Por consiguiente, es posible señalar que el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades, es una forma de aplicación de la equidad. Lo anterior nos obliga a dirigir nuestra atención hacia este principio, describir sus aplicaciones en el derecho internacional y estudiar la forma en que ha evolucionado en el régimen establecido por la CMNUCC.

²³⁵ Véase: LOUKA, Elli, op. cit. Pp. 54.

²³⁶ YABAR, Ana. La equidad en el diseño de una solución cooperativa para el post-Kioto. [en línea] http://www.ucm.es/data/cont/docs/302-2013-11-12-Articulo_A.Yabar.pdf [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

²³⁷ HONKONEN, Tuula. The principle of common but differentiated responsibility in post-2012 climate negotiations. *Review of European Community & International Environmental Law*. Vol. 18 (3). 2009. Pp. 260. Traducción propia.

3.4.- Antecedentes del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas en el Derecho Internacional Ambiental.

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas que cuenta con una notable aplicación en diferentes instrumentos internacionales ambientales²³⁸, tanto vinculantes como no vinculantes, por lo cual es elevado a la categoría de principio de derecho internacional ambiental por una variedad de autores²³⁹. Sin embargo, dado que su configuración es diferente en cada instrumento legal en que se encuentra consagrado, a continuación se revisarán brevemente aquellos cuerpos normativos, que según la doctrina, contienen el principio de las CBDR a fin de desentrañar sus características esenciales, y analizar luego cómo se traducen éstas al interior del régimen de cambio climático.

En primer lugar, respecto a los instrumentos vinculantes quizás la regla más importante en relación a este principio, es aquella contenida en el inciso 1º del artículo 5º²⁴⁰ del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que agotan la Capa de Ozono, la cual permite a los países en desarrollo aplazar el cumplimiento de los compromisos de control de emisiones por un determinado espacio de tiempo si cumplen con ciertos requisitos, detallados en la misma norma.

Como se puede apreciar este artículo expresa una excepción de carácter temporal al cumplimiento de las obligaciones contraídas en beneficio de ciertos países cuyo nivel de desarrollo podría impedir o dificultar el cumplimiento con los objetivos

²³⁸ Inclusive hay autores que reconocen este principio fuera del derecho internacional ambiental, por ejemplo respecto de las disposiciones sobre trato especial y diferenciado en el GATT. Así: STONE, Christopher. Common but Differentiated Responsibilities in International Law. The American Journal of International Law. Vol. 98 (2). 2004. Pp 267. Traducción Propia y MOROSINI, Fabio. Trade and Climate Change: Unveiling the principle of common but differentiated responsibilities from the WTO Agreements. [En línea] <<http://docs.law.gwu.edu/stdg/gwlr/PDFs/42-4/1-%20Morosini.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]. Traducción propia.

²³⁹ Así por ejemplo: Chueca, Morosini, Sands y Stone.

²⁴⁰ “Toda Parte que sea un país en desarrollo y cuyo nivel calculado de consumo anual de las sustancias controladas que figuran en el anexo A sea inferior a 0,3 kg per cápita en la fecha en que el Protocolo entre en vigor para dicha Parte, o en cualquier otra fecha a partir de entonces hasta el 1º de enero de 1999, tendrá derecho, para satisfacer sus necesidades básicas internas, a aplazar por diez años el cumplimiento de las medidas de control enunciadas en los artículos 2A a 2E..”

planteados por el Protocolo de Montreal. Es difícil obviar la relación entre esta norma y el concepto de equidad según ha sido descrito.

Además de la norma recién citada, la doctrina sostiene²⁴¹ que tanto la Convención de Derecho del Mar, en sus artículos: 61 párrafo 3^{o242}, 62 párrafo 3^{o243}, 69 párrafo 4^{o244}, 70 párrafo 5^{o245}, 82²⁴⁶, 140²⁴⁷, 144²⁴⁸, 148²⁴⁹, 150²⁵⁰, 152²⁵¹, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁵² en sus artículos 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10^{o253}, son expresión del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. A lo anterior debe

²⁴¹ Véase: STONE, Christopher, op. cit. pp. 279. nota al pie.

²⁴² “las necesidades especiales de los Estados en desarrollo...”

²⁴³ “las necesidades de los Estados en desarrollo...”

²⁴⁴ “Los Estados desarrollados sin litoral tendrán derecho, en virtud de lo dispuesto en este artículo, a participar en la explotación de recursos vivos sólo en las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños desarrollados de la misma subregión o región”

²⁴⁵ “Los Estados desarrollados en situación geográfica desventajosa tendrán derecho...”

²⁴⁶ “teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo, entre ellos especialmente los menos adelantados y los que no tienen litoral.”

²⁴⁷ “prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo”

²⁴⁸ “Programas para la transmisión de tecnología a la Empresa y a los Estados en desarrollo”

²⁴⁹ “Se promoverá la participación efectiva de los Estados en desarrollo en las actividades en la Zona, según se dispone expresamente en esta Parte, teniendo debidamente en cuenta sus intereses y necesidades especiales y, en particular, la especial necesidad de los Estados en desarrollo sin litoral o en situación geográfica desventajosa de superar los obstáculos derivados de su ubicación desfavorable”

²⁵⁰ “Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, de manera que fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promuevan la cooperación internacional en pro del desarrollo general de todos los países”

²⁵¹ Ejercicio de las facultades y funciones de la Autoridad

1. La Autoridad evitará toda discriminación en el ejercicio de sus facultades y funciones, incluso al conceder oportunidades de realizar actividades en la Zona.

2. Sin embargo, podrá prestar atención especial a los Estados en desarrollo, en particular a aquéllos sin litoral o en situación geográfica desventajosa, según se prevé expresamente en esta Parte.

²⁵² Véase: CHUECA, Ángel. op. cit. pp 82.

²⁵³ En cuanto dichos artículos, a excepción del 6º, comienzan con la frase “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda...”. Por su parte el artículo 6º aún más directo al señalar: “Cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares:

a) Elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes, que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en el presente Convenio que sean pertinentes para la Parte Contratante interesada; y

b) Integrará, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales.”

agregarse también la Convención de Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación²⁵⁴.

En los diferentes artículos de los instrumentos recién citados se recurre a expresiones tales como “necesidades especiales”, “intereses especiales”, “circunstancias especiales” etc., todos los cuales permiten distinguir a ciertos grupos de países (desarrollados y en desarrollo, dependiendo de la regla específica de que se trate), justificando la concesión de determinados beneficios a su favor.

Entre las explicaciones señaladas por la doctrina para la existencia de estas normas se señala la capacidad que posee el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas para involucrar a la mayor cantidad de países posibles en ciertos tratados cuya onerosidad, en términos de afectar el desarrollo doméstico, haría difícil el cumplimiento de no existir reglas que atenúen la gravosidad en las obligaciones comunes contraídas.

Sin embargo, lo anterior no explica cuáles son las motivaciones que explican el interés por lograr la participación de todos los Estados, sino solo el mecanismo a través del cual se obtiene la vinculación estatal. Frente a lo anterior se ha señalado que el interés por involucrar a la mayor cantidad de Estados responde a la naturaleza de las problemáticas que dichos cuerpos legales están destinados a enfrentar, o en otras palabras, que el éxito de estos instrumentos requiere de la participación de toda la comunidad internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, es de observar que tal respuesta pasa por alto que en muchos casos la responsabilidad y la capacidad de los Estados respecto del problema específico que se intenta resolver es mínima. A este respecto basta con señalar el impacto en términos de emisiones que significan las economías de los países menos adelantados con respecto a las capacidades que los mismos tienen para mitigar y

²⁵⁴ Mencionado por SANDS, quien sin embargo no da mayores detalles respecto del articulado que contiene menciones al CBDR. No obstante, al respecto se pueden citar los artículos 4° n°2° letra D y H, el artículo 6°, y especialmente el artículo 3° letra d, referido a objetivos, que dispone: “las Partes deben tener plenamente en cuenta las necesidades y las circunstancias especiales de los países en desarrollo afectados que son Partes, en particular los países menos adelantados”.

adaptarse al cambio climático. En consecuencia la participación de estos Estados no responde simplemente al deseo de lograr una solución exitosa del problema que se enfrenta, sino también a una percepción de necesaria comunidad respecto del problema.

Otro ejemplo de este sentimiento de comunidad que inspiraría al sistema internacional respecto de esta clase de problemáticas puede hallarse en el proceso de negociación de la Convención, el cual estuvo abierto a la participación “de todos los miembros de Naciones Unidas” y por lo tanto no atendía al éxito de la iniciativa –que para aquel entonces estaba recién en etapa de diseño- sino más bien en asegurar la participación de los todos los Estados en el entendido que esa era la manera en que tal proceso debía llevarse a cabo.

Además de los instrumentos vinculantes recién señalados, dos importantes declaraciones se refieren al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas: la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río de 1992. La primera expresa en el principio 23: “Sin perjuicio de los criterios que puedan acordarse por la comunidad internacional y de las normas que deberán ser definidas a nivel nacional, en todos los casos será indispensable considerar los sistemas de valores prevalecientes en cada país y la aplicabilidad de unas normas que, si bien son válidas para los países más avanzados, pueden ser inadecuadas y de alto costo social para los países en desarrollo”²⁵⁵.

Por su parte, el principio 7º de la Declaración de Río establece: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el

²⁵⁵ NACIONES UNIDAS. Declaración de Estocolmo sobre medio humano 1972. (A/CONF.48/14 y Corr.1)

medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.²⁵⁶

Como se puede apreciar, la Declaración de Estocolmo alude al CBDR de manera implícita al supeditar la aplicabilidad de las normas a las circunstancias particulares de cada país y a la idoneidad que estas impliquen, según el grado de desarrollo económico, distinguiéndose entre países en desarrollo y países más avanzados. En cambio, el principio 7º de la Declaración de Río recoge el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas de manera incuestionable al señalar que la cooperación en la conservación, protección y restablecimiento del ecosistema es un deber que corresponde a todos los Estados, pero en relación al grado de contribución al deterioro ambiental, respecto del cual los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas.

Es precisamente a partir de este último que Chueca deduce los elementos esenciales del principio:

“1º De un lado la mayor contaminación procedente de países desarrollados; en efecto, las fuentes más potentes de la contaminación se hallan en esos países.

2º De otro lado las mejores tecnologías y los mayores recursos financieros de los que disponen los países desarrollados, que pueden propiciar un Medio Ambiente más sano y un Desarrollo Sostenible²⁵⁷.

Sin embargo, cabe destacar que ambas declaraciones no son vinculantes ni aun para los Estados signatarios, a lo cual debe agregarse que, al no ser asimilables a ninguna de las fuentes formales del derecho internacional ambiental, en estricto rigor, no pueden ser consideradas como derecho, a pesar de la amplia recepción que algunos de sus principios ha recibido, especialmente el principio del desarrollo sustentable.

²⁵⁶ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992 (A/CONF.151/26 (Vol. I))

²⁵⁷ Véase: CHUECA, Ángel, op. cit. Pp. 82.

Sumado a lo anterior debe tenerse presente que las disposiciones que dichas normativas contienen son guías o pautas que los Estados se comprometen a honrar, pero que no representan obligaciones o compromisos específicos. Al respecto la doctrina sostiene que estas declaraciones participan dentro de la abundante categoría del Derecho Internacional Ambiental denominada derecho blando o soft law²⁵⁸, vale decir, reglas cuya intensidad normativa es reducida, pero que en palabras de Foy, pueden ser consideradas como una suerte de Pre derecho o derecho en curso, en la medida que se van imponiendo dentro de la comunidad internacional²⁵⁹.

En otras palabras, esta clase de normas tiene la potencialidad de convertirse en verdaderas reglas imperativas de derecho en la medida que su práctica y ejercicio propicie un grado de consenso suficiente dentro de la comunidad internacional. Brownlie²⁶⁰, por ejemplo, destaca la relevancia del soft law al analizar el alcance jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas y otras como “las resoluciones de la UNCTAD; los varios códigos de conducta de la Cámara Internacional de Comercio y otros cuerpos legales; códigos de conducta producidos por organizaciones internacionales, tales como los códigos de conducta de la EEC, las guías de la OCDE para empresas multinacionales etc.”, todas las cuales son expresión de conducta estatal, y a pesar de carecer de efectos legales poseen lo que este autor denomina un “efecto catalizador de derecho”, lo que se traduce en que determinan tanto la generación, como el derrotero de normas jurídicas subsecuentes.

En esta línea argumental, el autor señala: “Sin embargo, tales prescripciones informales [refiriéndose a los actos anteriormente señalados] pueden tener un efecto catalizador y contingente sobre aquellos tomadores de decisión que tienen la capacidad ortodoxa, en términos de hacer derecho, para desarrollar fuentes de derecho internacional. Si estos tomadores de decisión pueden elegir estas fuentes

²⁵⁸ Soltau, citando a Shelton señala: “De acuerdo a Shelton soft law es un tipo social más que una norma legal... [que] usualmente refiere a cualquier instrumento internacional escrito, fuera de los tratados, que contiene principios, normas, estándares u otras declaraciones de comportamiento esperado.” Véase, SOLTAU, Friedrich, op. cit. Pp. 170.

²⁵⁹ Véase: FOY, Pierre [et. al.], op. cit. Pp. 42.

²⁶⁰ Véase: BROWNLIE, Ian, op. cit. Pp. 9

informales, luego *el proceso de elección de aquellas prescripciones informales hace derecho* y las prescripciones informales tienen un importante efecto catalizador²⁶¹.

Ahora bien, es una cuestión no zanjada y que requiere ser analizada según cada contexto particular, definir cuánto tiempo es necesario para que una determinada conducta se traduzca en práctica estatal, (y que unido a la *opinio juris* permita la creación de una norma de costumbre internacional).

No obstante lo anterior y aun cuando el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas al igual que otras normas de soft law, carezca de alcance legal suficiente como para constituirse por sí mismo en una regla de derecho; es de notar que posee un alto grado de reconocimiento de parte de Comunidad Internacional.

Además, cabe señalar que la vía de entrada del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas no ha sido la costumbre internacional²⁶², ni menos aún un posible carácter de principio de derecho internacional sino su consagración en los diferentes tratados a los que se ha hecho mención, entre ellos la propia CMNUCC.

En este sentido: “Es posible decir que el principio del CBDR, mientras es incluido en los tratados climáticos y por consiguiente obligatorio entre las partes, no es una regla de derecho internacional y por tanto no tiene fuerza vinculante autónoma –

²⁶¹Haciéndose cargo de este proceso de elección Bronwlie se expresa: “los legisladores, las cortes domésticas, los tribunales internacionales, los gobiernos individuales, eligen una declaración en un manual o en una práctica del Estado, (...) Luego uno observa que la formación de una nueva regla de derecho y el efecto catalizador de una prescripción informal son muy significativos. Cuando una prescripción informal aparece en la forma de una resolución de la Asamblea General que al menos pretende o afirma lidiar con materias de derecho internacional, luego tal resolución puede generar una práctica del Estado. (...) En cualquier caso, se puede decir que la resolución constituye en sí misma evidencia de práctica de los Estados, en la misma forma que la correspondencia diplomática”. Véase: BROWNLIE, Ian, op. cit. Pp. 10.

²⁶² Entre los motivos para sostener que no se está en presencia de una costumbre internacional se encuentra el desacuerdo doctrinario sobre la naturaleza del principio. Así lo destacan los miembros de la International Law Association refiriéndose al CBDR: “hay un desacuerdo fundamental sobre la naturaleza de la obligación que esta conlleva. Mientras algunos sostienen que esta es obligatoria otros creen que es discrecional. El desacuerdo sobre este principio y sobre la obligación que contiene ha generado debates sobre su estatus legal. Esta clara divergencia de opinión produce que el principio no haya adquirido el estatus de una norma de costumbre internacional.” Véase: INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, op. cit. Pp. 367

especialmente debido a que su naturaleza legal permanece controvertida²⁶³. En otras palabras, el CBDR solo es derecho en tanto forma parte de un tratado.

En conclusión, la extensa incorporación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas a nivel de tratados y otros instrumentos de soft law, refleja que el principio dispone de un amplio consenso dentro de la comunidad internacional. Sin embargo, al ser las formulaciones del principio diferentes en cada caso y al existir discrepancias doctrinarias en torno a su significado y alcance legal es necesario estudiar el principio en cada caso en particular de modo de determinar cuál es su significado en el contexto específico en el cual se enmarca.

En otras palabras, la abundancia de normas tanto obligatorias como de soft law que expresan el principio es un antecedente útil para efectos de delimitar la discusión en torno al principio, pero tales antecedentes deben ser temperados por la discusión que aun subyace en torno a esta categoría de normas. Lo anterior además sugeriría que la interpretación del principio debiera privilegiar la fuente formal dentro de la cuál se recoge el principio, es decir el tratado, en lugar de aquella categoría específica de principio de derecho internacional ambiental.

Ahora bien, en la descripción que hasta aquí se ha hecho se ha intentado graficar aquellos instrumentos internacionales de carácter ambiental de mayor relevancia que recogen el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. A partir de este examen ha quedado de manifiesto que en la gran mayoría de los casos el principio no ha sido definido como tal, sino que ha sido la doctrina la que ha observado que las normas anteriormente señaladas son manifestación del principio que se comenta. Por tanto, y ante la variedad de normas es posible extraer aquellos elementos que constituirían el núcleo o la esencia del principio.

Sin embargo y tal como previene Sands, se debe advertir que cualquier interpretación acerca del principio debe tomar en consideración la ausencia de una definición de carácter legal que permita delimitar el contenido del principio a priori. En

²⁶³ DELEUIL, Thomas. The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties Review of European Community and International Environmental Law. Vol. 21, (3,1). 2012 pp. 277. Traducción propia.

palabras de este autor: “La comunidad internacional no ha adoptado un instrumento legal vinculante de aplicación global cuyo propósito sea establecer derechos y obligaciones generales sobre materias ambientales para la comunidad internacional. No hay equivalente a la Declaración Universal de Derechos Humanos o a las Convenciones Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos o Derechos Económicos y Sociales que hayan sido adoptados o parezcan inminentes”²⁶⁴.

Como consecuencia de lo anterior el mismo autor sentencia: “Cualquier esfuerzo para identificar principios generales y reglas de derecho internacional ambiental debe necesariamente basarse sobre una considerable evaluación de la práctica de los Estados, incluyendo la adopción e implementación de tratados y otras legislaciones legales internacionales, como también la decisión de cortes y tribunales internacionales”²⁶⁵.

Conviene por tanto examinar cómo ha sido interpretado el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el ámbito de la Convención

3.5.- El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades en la CMNUCC.

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas está formulado en el artículo 3.1 de la CMNUCC de la siguiente manera: “Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos...”

²⁶⁴ Véase: SANDS Philippe, op. cit. Pp 185.

²⁶⁵ Véase: SANDS Philippe, op. cit. Pp 185.

La primera cuestión sobre la cual se ha llamado la atención en la redacción del artículo de la CMNUCC, que contiene el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, es el apéndice que hace referencia a las respectivas capacidades, lo cual desde un principio marca una diferencia respecto al principio 7° de la Declaración de Río.

La justificación que Deluil señala para explicar este cambio, es que a través de dicha formulación fue posible alejar el principio de una interpretación que hiciera énfasis en las denominadas responsabilidades históricas. En palabras de dicho autor “la CMNUCC no incorpora de manera perfecta la definición de CBDR. Mientras la Declaración de Río claramente refiere a la contribución histórica de los países desarrollados a la degradación ambiental, estas contribuciones son solamente mencionadas en el preámbulo de la CMNUCC. Además, la redacción de la CMNUCC añade al CBDR la mención a las “respectivas capacidades”²⁶⁶.

De tal manera, la justificación de esta mención complementaria al CBDR (ahora CBDR&RC) radicaría en la oposición manifestada por parte de los países desarrollados a cualquier referencia a sus emisiones históricas, con lo cual se intentó ubicar en igual plano a las responsabilidades y las capacidades.

El mismo autor explica cuáles pudieron ser las consecuencias de esta innovación: “Una de las principales razones por la que las emisiones históricas no fueron tomadas en consideración en la Convención y en el Protocolo es porque el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, como fue expresado en 1992, representa un consenso político sobre cuáles debían ser los compromisos y las acciones de parte de los Estados desarrollados y en desarrollo”²⁶⁷.

En similar sentido Rajamani apunta: “los países desarrollados unánimemente insistieron que cualquier referencia a “responsabilidades comunes pero diferenciadas”

²⁶⁶ Véase: DELEUIL, Thomas, op. cit. Pp. 272.

²⁶⁷ *Ibidem*.

debe ser calificada con una declaración que establezca que este principio debe ser interpretado “a la luz de las realidades económicas contemporáneas”²⁶⁸

No obstante lo anterior, el Comité sobre Principios Legales Relativos a Cambio Climático de la Asociación de Derecho Internacional (ILA), al referirse a los elementos esenciales del principio señala: “El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas recoge varias ideas. Primero, establece inequívocamente la responsabilidad común de los Estados para la protección del medio ambiente. Luego toma en cuenta la contribución de los Estados en la degradación ambiental, como también sus respectivas capacidades en determinar sus niveles de responsabilidad bajo el régimen. Al hacer esto reconoce una amplia distinción entre Estados, ya sea sobre la base de desarrollo económico o niveles de consumo”²⁶⁹.

En otras palabras, en primer lugar el principio persigue llamar la atención sobre la existencia de un deber de carácter común que atañe a todos los Estados respecto a la protección ambiental y luego, que la definición del quantum de este deber se define en base a dos factores: la contribución en el daño y la capacidad de los Estados para enfrentar el problema.

Asimismo, cabe destacar que los mismos autores precisan que el vocablo “responsabilidad” no alude a la responsabilidad internacional que habilita a un Estado víctima de un ilícito internacional para solicitar resarcimiento, cumplidos los requisitos de su procedencia. Por el contrario, “responsabilities” (...) puede ser construido como un requerimiento legal o moral: una “obligación” legalmente vinculante, o un principio que guie la articulación de reglas específicas en un régimen dado”²⁷⁰.

En otras palabras, los miembros de la International Law Association atribuyen relevancia al aspecto de responsabilidad contenido en el artículo 3.1° de la Convención, pero también admiten que dicha responsabilidad no es un requerimiento legal sino más bien moral, destinado a orientar la actividad de los Estados. Lo anterior sugiere la falta de justificación legal, por ejemplo de algunas pretensiones realizadas

²⁶⁸ RAJAMANI, Lavanya. Changing fortunes of differential treatment in evolution of international law. *International Affairs*. Vol. 88 (3). 2012. Pp 618.

²⁶⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. op. cit. Pp 359.

²⁷⁰ *Ibidem*.

por países subdesarrollados como Brasil o Tuvalu que persiguieron obtener reparación de parte de países desarrollados por los daños ocasionados por los impactos climáticos.

Recapitulando, los elementos esenciales del principio serían los siguientes:

- a) La existencia de una responsabilidad general por parte de los Estados dirigida a la protección del medio ambiente, la cual está constituida por un deber u obligación en un sentido débil que debe orientar las políticas estatales.
- b) La discriminación entre Estados respecto al grado de respuesta que a cada uno corresponde frente a este deber. En cuanto a este último punto no existe un criterio único, distinguiéndose al menos los siguientes: en primer lugar uno que atiende al grado de desarrollo económico de las partes, en el sentido que aquellos Estados más aventajados económicamente les corresponde un deber mayor y en segundo lugar que este dicho deber se encuentra supeditado al daño que cada Estado en particular ha ocasionado al medio ambiente.

Honkonen participa de esta posición sintetizándola de la siguiente manera: “El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, tal como es aplicado en los tratados ambientales, tiene dos elementos: autoriza o posiblemente requiere de todos los Estados interesados a participar en medidas de respuesta internacional dirigidas a un problema internacional. Además este conduce a la adopción e implementación de diferentes compromisos para los Estados, tomando en cuenta su diferente situación, circunstancias y capacidades, sus contribuciones históricas al problema, como también sus futuras necesidades de desarrollo²⁷¹”.

Ahora bien, en esta última cita queda de manifiesto que el CBDR&RC opera mirando no sólo al pasado, sino también al futuro. En otras palabras, la determinación de las obligaciones específicas deberá ser determinada también por las posibilidades que cada país tendrá en el futuro, de ahí el énfasis en las respectivas capacidades.

Cullet describe este aspecto de la siguiente manera: “la contribución de cada país no puede dissociarse de su patrón de desarrollo económico a través del tiempo. Desde

²⁷¹ Véase: HONKONEN, Tuula, op. cit. Pp. 257.

la industrialización no se ha procedido a un ritmo similar en todas las partes del mundo, algunos países han contribuido con un total más alto proporción de gases de efecto invernadero, mientras que otros pueden contribuir cada vez más en el futuro”²⁷².

En pocas palabras, dentro de los principios llamados a orientar la aplicación de la Convención, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades, como aplicación del concepto de equidad, obliga a buscar soluciones cooperativas al problema climático que atiendan a la solución del problema y que no comprometan las posibilidades de desarrollo de los Estados.

Cullet observa que la relación entre el CBDR&RC y la equidad persigue destacar los aspectos socioeconómicos que se encuentran imbricados en la solución a la cuestión climática, los cuales no pueden ser desatendidos al aplicar la Convención: “en el contexto de la Convención sobre el Cambio Climático, el Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, no se puede dissociar del contexto más amplio en el que se ha desarrollado. Constituye un mecanismo para hacer frente al cambio climático "en beneficio de las generaciones presentes y futuras de la humanidad" y está por tanto, intrínsecamente ligado a la sostenibilidad y las necesidades humanas. No puede ser visto como un principio puramente ambiental, desprovisto de contexto socio-económico”²⁷³.

A continuación, sin embargo, el autor traslada el foco de análisis hacia el desarrollo sostenible. A pesar que no lo menciona como principio de desarrollo sustentable aquí se prefiere dejar a un lado la cuestión del desarrollo sostenible en atención a que se encuentra recogido en el artículo 3.4 de la Convención, y por tanto creemos que la sostenibilidad participa de dicho numeral y no del 3.1. No obstante lo anterior, participamos del análisis propuesto por este autor en tanto advierte la relación existente entre equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. En palabras del autor: “De hecho, la equidad en el derecho ambiental internacional no puede ser dissociada del desarrollo sostenible, que constituye el principal principio rector para las políticas ambientales internacionales. La

²⁷² Véase: CULLET, Philippe. op. cit. Pp. 169.

²⁷³ *Ibidem*.

calidad medioambiental no puede ser buscada en forma aislada de los elementos socioeconómicos que constituyen la columna vertebral de equidad en el derecho internacional general. La equidad y su retoño, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, implican, por tanto, que el medio ambiente y los objetivos de desarrollo deben ser perseguido al mismo tiempo²⁷⁴.

Ahora bien, cabe recordar que el análisis del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas que aquí se realiza tiene por objeto establecer en qué medida este principio es una aplicación de la equidad y en base a qué criterios cierto sector de la doctrina ha podido asimilar ambos conceptos.

Al respecto ya hemos visto de qué manera el principio se relaciona con los aspectos substantivos de crecimiento y desarrollo, distinguiendo diferentes tipos de compromisos en relación a la contribución y a las capacidades pasadas, presentes y futuras.

Sin embargo, aún queda por responder por qué motivo el artículo 3.1 de la CMNUCC habla de la equidad “y las” responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades, en circunstancias que según se ha señalado arriba, el principio responde al concepto de equidad.

La hipótesis de esta investigación sostiene que la mención a la equidad responde a la necesidad de poner de manifiesto la necesidad de dinamismo y flexibilidad que requiere el régimen jurídico establecido por la CMNUCC.

En otras palabras, lo que aquí se afirma es que si bien el principio de CBDR&RC es una aplicación de la equidad, este por sí mismo no satisface todos los requerimientos que la equidad supone, lo cual explicaría la eventual reiteración en que incurre el artículo tercero al hablar de la equidad y luego del principio a través del cual se materializa. Bajo esta lectura, la equidad en el artículo tercero de la CMNUCC es precisamente una invocación a la flexibilidad respecto de la interpretación y aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

²⁷⁴ *Ibidem*

Ahora bien, ante la ausencia de otros mecanismos fuera del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades que indiquen a las Partes la manera en que debe operar la equidad en la práctica, es necesario buscar en dicho principio los elementos que permitan flexibilizar la aplicación de la Convención en relación a la variación de los contextos.

Con tal objetivo, nuestra primera aproximación parte de la constatación que para la época de la suscripción de la Convención el contexto socioeconómico quedó plasmado mediante los Anexos que distinguen precisamente de acuerdo al grado de desarrollo económico existente a la fecha de suscripción de la Convención²⁷⁵.

Por otra parte, la arquitectura de la Convención genera que sean los Anexos de la Convención los que finalmente definan de manera concreta la distinción que propicia el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades al interior del régimen establecido por la CMNUCC. Una consecuencia y ejemplo de lo anterior puede apreciarse en el Protocolo de Kioto pues es el instrumento más relevante, desde una perspectiva jurídica, en llevar a la práctica esta distinción entre países estableciendo obligaciones específicas de reducción de emisiones solo respecto de cierta categoría de países.

Sin embargo, la distinción establecida por el Protocolo de Kioto ha sido materia de debate en tanto estableció exigencias solo respecto de los países desarrollados, en circunstancias que el problema atañe a la comunidad internacional en su conjunto. De esta manera, la doctrina ha expresado: “el PK ubica la responsabilidad de reducir la emisión de (GHG) solamente en los países desarrollados (es decir, países anexo I), como si ellos fueran los únicos culpables del calentamiento global, cuando de hecho todo el mundo es colectivamente responsable de este. En los inicios de los 90, países

²⁷⁵ “Cuando se elaboró la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que fue aprobada oficialmente en 1992, se establecieron sus anexos I y II como partes integrantes de la Convención.

En el anexo I figuraban los países incluidos en la categoría de países desarrollados y los países con economías en transición; y en el anexo II, solamente los países desarrollados. En 1992, para confeccionar las listas de los anexos se tomó como base a los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)”. Propuesta de la Federación de Rusia para enmendar el artículo 4, párrafo 2 f), de la Convención (FCCC/CP/2011/5)

desarrollados decidieron “tomar el liderazgo en combatir el cambio climático”. Veinte años más tarde, la situación del cambio climático ha cambiado²⁷⁶.

Luego el problema no solo dice relación con el establecimiento de una diferenciación institucionalizada sino también con cómo dicha diferenciación se refleja en la práctica, siendo ésta la principal complejidad de incluir una consideración de equidad al interior de la Convención. A nuestro parecer la manera de operativizar este aspecto de la equidad es a través de diferenciación que supone el principio de CBDR&RC dentro del régimen de la Convención.

3.6.- Significado de la diferenciación y su relevancia en la interpretación del contexto dentro de la CMNUCC.

Una primera precisión al abordar esta temática es que la diferenciación en las obligaciones está presente en la mayoría de los contratos, ya sea entre particulares o entre Estados, en la medida que las obligaciones son por regla general distintas para cada una de las partes.

Asimismo, la diferenciación, o trato diferenciado, solo resulta significativa en presencia de convenciones²⁷⁷ o tratados multilaterales, en los cuales la presencia de una gran variedad de Estados torna conveniente establecer obligaciones diferenciadas. La primera cuestión a considerar es que la diferenciación no es una cuestión exclusiva del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Stone en este sentido

²⁷⁶ LEAL-ARCAS, Rafael. The BRICs and Climate Change [En Línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2310568_code1175289.pdf?abstractid=2306688&mirid=1> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

²⁷⁷ El término “convención” se utiliza actualmente en general para los tratados multilaterales formales que tienen un amplio número de partes. Por lo general, las convenciones están abiertas a la participación de la comunidad internacional en su conjunto o de un amplio número de Estados. Habitualmente, los instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional se denominan convenciones. Lo mismo sucede con los instrumentos adoptados por un órgano de una organización internacional.

NACIONES UNIDAS. Cláusulas finales de tratados multilaterales. Manual. [En línea] <<https://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/Spanish.pdf>> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]

señala que la diferenciación es incluso anterior al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, estando presente por ejemplo en el Tratado de Versalles de 1919²⁷⁸.

Por tanto, una importante cuestión que debe ser distinguida al aproximarnos a este tema es que la diferenciación, esto es el hecho de institucionalizar un trato diferente estableciendo grupos de países, es una práctica de larga data que puede asociarse a diversos aspectos, no solo económicos²⁷⁹. De ahí que sólo al hablar de diferenciación en relación al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas tenga sentido referirse al grado de desarrollo o la contribución al problema ambiental.

Las prevenciones antes mencionadas apuntan a destacar que para la diferenciación se pueden adoptar diversos criterios, los cuales para el caso del régimen de cambio climático superan la distinción típica entre países desarrollados y no desarrollados. Así, en relación a estos últimos cabe realizar otras distinciones, tal como la propia Convención señala.

En este sentido, el numeral segundo del artículo 3° de la Convención²⁸⁰, señala otros factores que son relevantes para la distinción entre los países que no son desarrollados, los cuales por supuesto responden no sólo a sus responsabilidades, sino también a sus capacidades. A ello refieren términos tales como las necesidades específicas, circunstancias especiales y vulnerabilidad, entre otros²⁸¹.

²⁷⁸ Véase: STONE, Christopher, op. cit. Pp. 276.

²⁷⁹ En el mismo sentido Cullet señala: "El tratamiento diferenciado no es en sí mismo un instrumento que busque favorecer a los países en desarrollo. Se da la circunstancia que en la mayoría de los tratados existentes la diferenciación ha sido aprobada basada en la clasificación de países desarrollados..." CULLET, Philippe. *The Global Warming Regime after 2012: Towards a New Focus*. Economic and Political Weekly. Vol 43. (28). 2008. Pp. 113. Traducción propia.

²⁸⁰ "Deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención."

²⁸¹ En cuanto a estas características existe consenso que el numeral 8° del artículo 4° de la Convención, señala aquellos factores que definen la vulnerabilidad de un país: a) Los países insulares pequeños; b) Los países con zonas costeras bajas; c) Los países con zonas áridas y semiáridas, zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal; d) Los países

Por la misma razón, Rajamani destaca que en el contexto del régimen del cambio climático la cuestión no se reduce simplemente a distinguir entre países en desarrollo y desarrollados, en tanto la nomenclatura de la Convención no reconoce solamente una distinción binaria del tipo países desarrollados y en desarrollo, sino que hace referencia al menos a las siguientes categorías: “países desarrollados”, países en desarrollo”, “países menos desarrollados”, “Estados en desarrollo que son pequeñas islas”, “países con economías en transición”, “países en desarrollo cuyas economías son especialmente dependientes del petróleo”, “países de baja altitud y otras islas bajas”, “Países con costas bajas y áreas áridas o semi áridas o áreas susceptibles a inundaciones, sequía y desertificación” y “Países con ecosistemas montañosos frágiles”²⁸².

La desproporción en las obligaciones resultantes del actual sistema de diferenciación son también relevadas por Beyerlin, al referirse a las obligaciones dimanantes del Protocolo de Kioto: “Existen dudas si regímenes de obligaciones asimétricas tan rígidos como el Protocolo de Kioto demuestran ser una sabia política ambiental en el largo plazo (...) Hay muchos argumentos en favor de que en el período de compromiso posterior a 2012, el círculo de Estados obligados a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero deberá ampliarse considerablemente”²⁸³.

Sin embargo el mismo autor explica a continuación que lo anterior no se traduce en que los todos los Estados subdesarrollados deban comprometerse de la misma manera en el nuevo instrumento que reemplace al Protocolo de Kioto: “Los países menos adelantados, así como los países en desarrollo que son particularmente vulnerables a los efectos del cambio climático, pueden quedar al margen del régimen de obligaciones de reducción de emisiones, también en el futuro. Sin embargo, esto no

con zonas propensas a los desastres naturales; e) Los países con zonas expuestas a la sequía y a la desertificación; f) Los países con zonas de alta contaminación atmosférica urbana; g) Los países con zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos; h) Los países cuyas economías dependen en gran medida de los ingresos generados por la producción, el procesamiento y la exportación de combustibles fósiles y productos asociados de energía intensiva, o de su consumo; i) Los países sin litoral y los países de tránsito.

²⁸² Véase: RAJAMANI, Lavanya, op. cit. Pp. 617.

²⁸³ BEYERLIN, Ulrich. Bridging the North-South Divide International Environmental Law. [En línea] < http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_259_296.pdf > [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

puede ser válido para otros dos subgrupos de países en desarrollo, es decir, los países productores de petróleo, y en particular los países en desarrollo en proceso de industrialización rápida, como China, India y Brasil²⁸⁴.

Desde una postura similar Rajamani puntualiza: “En parte el fracaso de los Estados en alcanzar una solución legal en Copenhague puede ser atribuida a la profunda inquietud sobre la naturaleza de la extensión de la diferenciación en el régimen climático, en particular la diferenciación en las obligaciones contenidas en el Protocolo de Kioto. El balance de poder, se argumenta, ha cambiado dramáticamente desde que la CMNUCC y el Protocolo de Kioto fueron negociados. Poderes emergentes, como China, India Brasil, y Sud África ya no merecen la excepción de tratamiento diferenciados a la que estaban autorizados bajo el régimen. Los acuerdos futuros, por consiguiente, deberían contener mayor paridad o paralelismo en compromisos entre los países desarrollados (y al menos) algunos países en desarrollo”²⁸⁵.

Como se puede advertir el problema no proviene de la estratificación de compromisos que puede derivarse de la diferenciación, ni menos aún de la posibilidad de homologar las obligaciones entre países de naturaleza diferente –lo cual en todo caso parece ir en contra del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades- sino más bien que la diferenciación no se ajusta a la realidad que pretende reflejar y ello especialmente en relación a los países en desarrollo.

Por otro lado, la diferenciación, señalan autores como Cullet, mantiene la misma vigencia que al tiempo de suscripción de la Convención: “Las bases para la diferenciación permanecen tan fuertes como al tiempo de la negociación de la Convención sobre Cambio Climático. De hecho, en su conjunto es la misma pequeña cantidad de países la que más contribuye al cambio climático en términos per cápita. Al mismo tiempo, hay todavía una mayoría de países cuyas contribuciones al cambio

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Véase: RAJAMANI, Lavanya, op. cit. Pp. 615.

climático son insignificantes, partiendo con todos los países menos desarrollados. Estos países son también más vulnerables a los impactos del cambio climático”²⁸⁶.

Sin embargo, más adelante el mismo autor clarifica que la diferenciación no se reduce a la dicotomía de países desarrollados y en desarrollo: “El propósito real de la diferenciación es promover una igualdad substantiva y un compañerismo entre Estados en resolver los problemas de naturaleza global, lo que no puede ser equiparado con la división del mundo entre países desarrollados y en desarrollo”. Luego el mismo autor profundiza en su razonamiento señalando: “La diferenciación debe ser un instrumento que considere la contribución de cada país al problema y su capacidades de mitigación y adaptación y la vulnerabilidad de su población”²⁸⁷

Por tanto lo que aquí se sostiene es que la flexibilidad que la equidad promueve es el argumento fundamental que obliga a revisar la manera en que la diferenciación se refleja en la práctica. En otras palabras, en razón de la equidad es necesario analizar si los Estados que conforman el Anexo I de la Convención siguen siendo, veinte años después, los únicos desarrollados y por tanto los únicos obligados a adoptar compromisos al alero del régimen de cambio climático.

Sin embargo, como se ha dicho, la materialización de la equidad a través de la diferenciación no se agota simplemente en una distinción entre países desarrollados y en desarrollo. Es necesario también someter a revisión la existencia de diferencias entre países en desarrollo de manera de llevar a la práctica lo previsto en el numeral segundo del artículo 3°, de manera tal que los compromisos futuros reflejen las diferentes circunstancias contenidas en la CMNUCC.

Por estas razones Rajamani destaca la relación existente entre la diferenciación y la equidad: “La diferenciación, la equidad y la ambición son fundamentales para un régimen ambiental multilateral eficaz y están inextricablemente unidos. En el corazón del trato diferenciado se encuentra la idea de que la equidad o la justicia definen un tratamiento especial o preferencial para determinados países, ya sea por razón de sus diferentes capacidades o sus menores contribuciones a la problemática ambiental

²⁸⁶ Véase: CULLET, Philippe. The Global Warming Regime... Pp.112.

²⁸⁷ Véase: CULLET, Philippe. The Global Warming Regime... Pp.113.

global. Solo una vez que los países crean ser tratados a sí mismos de manera justa participaran primero en el régimen y luego consideraran formas de mejorar su propia ambición en relación con sus objetivos centrales²⁸⁸.

En síntesis, la discusión no es sobre la idoneidad del CBDR&RC, el cual además no puede ser desestimado en atención al mandato de Durban²⁸⁹, ni sobre la utilidad de la diferenciación para establecer tipos de países, sino sobre los criterios de diferenciación y como éstos se reflejan en los Anexos de la Convención en relación a la realidad presente.

No obstante lo anterior, la equidad, en lugar de inspirar la revisión del statu quo del régimen ha sido instrumentalizada por los Estados para eludir la responsabilidad que le corresponde a cada uno al interior del régimen: “Dada la división entre países desarrollados y en desarrollo dentro del contexto del cambio climático, la equidad se ha convertido en un elemento clave de las negociaciones. Ambos grupos de países usan argumentos de equidad para adaptar sus propios propósitos, los países en desarrollo para defender su derecho al desarrollo (económico) y los países desarrollados para demandar la participación de todos los contaminadores claves”²⁹⁰.

Estas posiciones estatales quedan de manifiesto en el ámbito del ADP, por ejemplo a través de la posición elevada por Argentina: “En base al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, la Convención establece categorías de países en base a las cuales se han distribuido diferentes compromisos. De esta manera, los Anexos I y II incluyen aquellas naciones que a partir de la Revolución Industrial han alcanzado importantes niveles de desarrollo, al costo de graves alteraciones del espacio atmosférico, generando así una deuda ambiental histórica hacia los países en desarrollo.

²⁸⁸ Véase: RAJAMANI, Lavanya, op. cit. Pp 623.

²⁸⁹ “Desde que las obligaciones diferenciadas están en el núcleo del régimen y desde que estas obligaciones están “basadas en” o “toman en cuenta” el CBDR, es obvio que el principio juega un rol central en modelar los nuevos textos del régimen la negociación de futuras obligaciones” Véase: DELEUIL, Thomas, op. cit. Pp. 273.

²⁹⁰ Véase: HONKONEN, Tuula, op. cit. Pp. 260.

En ese contexto, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y la deuda histórica imponen compromisos jurídicamente vinculantes a las Partes incluidas en el Anexo I de la Convención. En este espíritu, los países desarrollados deberán retomar el liderazgo en la lucha contra el cambio climático y sus efectos adversos (art. 3.1), más aun teniendo en cuenta que conforme el art. 4.2(a) esos países deberán adoptar las políticas nacionales y medidas correspondientes de mitigación, limitando sus emisiones de gases de efecto invernadero.²⁹¹”

A efectos de proveer un ejemplo las ideas anteriormente expuestas, en lo que sigue se examinará brevemente la situación de un país en desarrollo y la proposición de la Federación Rusa para enmendar los Anexos.

Una de las cuestiones más controvertidas respecto a la diferenciación dice relación a cómo incorporar y recoger la situación de las llamadas economías emergentes, esto es aquel grupo de países subdesarrollados cuyo crecimiento económico ha superado con creces la tendencia de los países en desarrollo para convertirse en verdaderas potencias económicas. Uno de estos países es India, respecto del cual Cullet reflexiona: “La posición de India es particularmente importante de considerar con respecto a la necesidad de repensar el tratamiento diferenciado para subsecuentes períodos de compromisos. Por un lado India permanece siendo, sin duda alguna, un país en vías de desarrollo (...) por el otro India ha experimentado un rápido crecimiento económico en años recientes”²⁹².

Como se sabe, India en su condición de país subdesarrollado no forma parte del Anexo I de la Convención, es decir, para efectos de la CMNUCC es un país en desarrollo. Sin embargo, esto que era efectivo para 1992 es difícilmente cierto al día de hoy. Asimilar el grado de desarrollo económico de India y otras economías emergentes con el resto de los países en desarrollo parece excesivo.

No obstante lo anterior, la posición de India dista bastante de esta perspectiva, tal como queda reflejado en la presentación realizada por dicho país ante el ADP “Con

²⁹¹ Visión de la República Argentina respecto de la labor del Grupo de Trabajo Ad-Hoc para la Plataforma de Durban para Acción Mejorada. (FCCC/ADP/2012/MISC.3)

²⁹² Véase: CULLET, Philippe. The Global Warming... Pp. 113.

respecto a la mitigación, la perspectiva de India es que la distinción consagrada en la Convención entre Partes Anexo I y no Anexo I debe ser mantenida de acuerdo con los principios de la Convención. Cualquier otra interpretación podría involucrar una reinterpretación de la Convención y necesariamente exigir una revisión de toda la categorización y clasificación de las partes bajo la Convención²⁹³.

Sin embargo, esta crítica que apunta a la desactualización de los Anexos, no es la única cuestión que surge a propósito de la diferenciación. El ejemplo de India es paradigmático no sólo por la dimensión de su economía sino también porque dentro de dicho país existe una gran diferencia entre ricos y pobres, lo cual se traduce en un acceso desigual a los recursos y en diferentes grados de vulnerabilidad dependiendo del nivel económico. Es decir, dentro del mismo país conviven realidades propias de un país desarrollado y de un país en desarrollo, todo lo cual complejiza su ubicación en una determinada categoría.

Esta misma cuestión es destacada por Farber al distinguir entre las diferentes obligaciones que emanan de los compromisos de adaptación y mitigación: “El término “responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades” inicialmente contemplaba la distinción en los contextos de adaptación y mitigación entre países desarrollados y en desarrollo. Hoy es ampliamente reconocido que esta dicotomía es anticuada en términos de mitigación, pero también es demasiado simplista para la comprensión de la adaptación. Las economías emergentes tienen alguna similitud con los países en desarrollo, y no deben ser confundidos con los países desarrollados. Como hemos visto, no obstante, las economías emergentes tienen responsabilidades internas distintivas debido al vacío entre diferentes regiones y sectores de la población”²⁹⁴.

²⁹³ India's Submission On Work Plan Of The Ad Hoc Working Group On The Durban Platform For Enhanced Action Including, Inter Alia, Mitigation, Adaptation, Finance, Technology Development And Transfer, Transparency Of Actions, Support And Capacity Building. (FCCC/ADP/2012/MISC.3)

²⁹⁴ FARBER, Daniel. Beyond the North–South Dichotomy in International Climate Law: The Distinctive Adaptation Responsibilities of the Emerging Economies. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. 22 (1). 2013. Pp. 50. Traducción propia.

La propuesta de la Federación Rusa comienza señalando cuál es el objetivo de los Anexos: “El objetivo de los anexos I y II de la Convención era reflejar el principio de "responsabilidades comunes, pero diferenciadas" y tomar en consideración las particularidades y capacidades de las Partes respectivas para cumplir las obligaciones dimanadas de la Convención²⁹⁵”

Luego plantea la modificación de los antedichos anexos al tenor de lo previsto en el artículo 4.2 letra F de la Convención, el cual señala: “La Conferencia de las Partes examinará, a más tardar el 31 de diciembre de 1998, la información disponible con miras a adoptar decisiones respecto de las enmiendas que corresponda introducir en la lista de los anexos I y II, con aprobación de la Parte interesada”

De esta manera es posible observar que la fundamentación de la proposición sigue la misma línea argumental que las ideas vertidas en este capítulo, aunque sin una apelación directa a la equidad: “Teniendo en cuenta que después de la adopción de la Convención en 1992 han ocurrido y siguen ocurriendo cambios en la esfera del desarrollo económico y tecnológico, la Federación de Rusia considera fundamental que se especifique claramente la necesidad del examen periódico de los anexos I y II de la Convención, a la luz de la información científica más reciente, que refleje con objetividad la dinámica y el nivel de desarrollo socioeconómico actual de las Partes en la Convención.

En otras palabras, para la Federación Rusa, el cambio en las circunstancias es motivo suficiente para generar una revisión de los Anexos. No obstante lo anterior, llama la atención que la propuesta de la Federación Rusa no se agota en la modificación a los Anexos, sino también en una modificación al artículo 4.2 letra F, que permite solicitar la modificación agregando la frase: "Ulteriormente se considerará la enmienda de las listas de los anexos I y II con la periodicidad que determine la Conferencia de las Partes, hasta que se logre el objetivo de la Convención"²⁹⁶.

²⁹⁵ Propuesta de la Federación de Rusia para enmendar el artículo 4, párrafo 2 f), de la Convención (FCCC/CP/2011/5)

²⁹⁶ *Ibidem*

La motivación para la inclusión de esta modificación es justificada de la siguiente manera: “El examen periódico y, cuando proceda, la actualización de las listas de países contenidas en los anexos I y II contribuirán a que la carga de responsabilidades se distribuya de forma más adecuada y justa entre las Partes en la Convención, a fin de lograr sus objetivos con la mayor rapidez y eficacia posibles”²⁹⁷.

A nuestro parecer, la propuesta de la Federación Rusa encarna los requerimientos que el vocablo equidad instruye para el ámbito de la CMNUCC. Solo una fórmula que establezca el examen periódico de los Anexos o dondequiera que se consagre la diferenciación, requiere de un escrutinio permanente a objeto de examinar la conformidad entre los Estados y las categorías establecidas. Solo de ese modo se dará cumplimiento a las exigencias formuladas por el artículo 3° de la Convención.

Finalmente y para cerrar, la flexibilidad que se requiere dentro del régimen de cambio climático es en realidad una necesidad que impregnará todo el ordenamiento jurídico, frente a la necesidad de adaptar el derecho a un fenómeno que de manera probable alterara las relaciones jurídicas tanto interestatales como entre los sujetos. Esta cuestión ha sido reconocida por los comentaristas del cambio climático, especialmente dentro del ámbito quienes sostienen que la adaptación al cambio climático demandará “nuevas vías de pensar el derecho” y nuevos marcos legales”, ya que el cambio climático impondrá radicales cambios en la sociedad y el derecho necesitará adaptarse de manera radicalmente similar”²⁹⁸.

²⁹⁷ *Ibidem*

²⁹⁸ RUHL, J.B. y SALZMAN, James. Climate change meets the law of the horse. *Duke Law Journal*. Vol. 62 (5). 2013. Pp. 980.

CONCLUSIONES GENERALES.

A lo largo de esta investigación se ha buscado desentrañar el significado de la expresión equidad contenida en el artículo 3.1 de la CMNUCC. Una primera aproximación consistió en concebir a la equidad según el desarrollo que ha recibido en el derecho internacional público, en el entendido que las fuentes formales de esta rama del derecho son las mismas que las del derecho internacional ambiental, y por tanto debiera existir comunicación entre una y otra rama del derecho.

Sin embargo, el análisis de la equidad internacional arrojó respuestas que en lugar de esclarecer el problema contribuyen a complejizarlo. En primer lugar, la equidad en el derecho internacional público adquiere características de una verdadera regla de derecho solo al momento en que es aplicada por un tribunal internacional. Antes que lo anterior suceda la equidad conceptualmente no difiere de la vaga concepción aristotélica, es decir una regla que permite a un tribunal moderar la aplicación del derecho en atención a las especiales circunstancias del caso. No obstante, hasta el presente no ha habido judicialización en relación a la aplicación de la Convención que permita a un tribunal interpretar el significado de la equidad en este ámbito en particular.

Otro factor que dificulta la asimilación de la equidad internacional al ámbito de la Convención radica en la manera en que la misma es aplicada por los tribunales internacionales. A través de los diferentes ejemplos que han sido expuestos se ha podido observar dos fenómenos: en primer lugar que los tribunales internacionales no aplican la equidad de manera aislada, sino buscando siempre reafirmar la solución en equidad a través de otras reglas existentes, de manera de conservar la debida coherencia en todo el sistema jurídico internacional.

En segundo lugar, que al realizar ésta operación, los tribunales internacionales conjugan no sólo reglas concretas, sino también principios de derecho internacional y

otros criterios no meramente jurídicos que pueden resultar relevantes para la solución del caso.

Esta última cuestión plantea importantes desafíos desde una perspectiva dogmática, ya que para algunos autores la equidad es un principio de derecho internacional y en tal sentido resulta difícil concebir que un principio se construya en base a otros principios, ya que teniendo igual jerarquía jurídica, no se advierten motivos que permitan aplicar a uno dentro del otro. Asimismo, parece también cuestionable que un tribunal pueda crear una regla de derecho a partir de criterios extra jurídicos, como por ejemplo una situación económica determinada, la disponibilidad y el acceso a los recursos, etcétera.

En consecuencia, extrapolar la forma de aplicación internacional al ámbito de la Convención produce que sea posible incorporar dentro de la misma a principios de derecho internacional, principios de derecho internacional ambiental y criterios extrajurídicos, teniendo como resultado que la equidad adquiera un carácter argumentativo más que legal. La dificultad de una comprensión de este tipo es el problema general de toda argumentación, es decir la ausencia de una “única respuesta correcta”, en tanto todas las posiciones son eventualmente válidas dependiendo del enfoque que se utilice.

Lo anterior puede observarse en los diferentes “principios” que han sido desarrollados dentro del régimen de la Convención, los cuales han sido defendidos por los diferentes países y grupos de países según la conveniencia que dichos principios proveen para sus intereses particulares, debilitando de ese modo la utilidad de la equidad en el logro del objetivo de la Convención, esto es la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero por debajo de un nivel peligroso.

Con todo, hay ciertos aspectos que parecen útiles de rescatar de la equidad según el derecho internacional público. En este sentido es especialmente necesario reconocer en primer lugar la relación entre la aplicación de la equidad y la aspiración de justicia del sistema internacional y en segundo lugar el marco de análisis que se ha desarrollado en relación a la equidad.

Respecto del primero se ha dicho que la equidad es aspiración de justicia pero que la justicia no es el principal objetivo del derecho internacional público, y que de hecho, en muchos casos, la justicia de una solución cede frente a la necesidad de paz.

Asimismo, la justicia no es el principal objetivo del derecho internacional ambiental – entendido como el “conjunto de principios o normas destinadas a proteger, prevenir, establecer límites a las actividades del hombre en su medio natural e imponer sanciones frente al deterioro ambiental”- ni es tampoco el principal objetivo de la Convención según se ha visto. Por tanto, una lectura de la equidad en la Convención debe tener en cuenta los diferentes objetivos que se persiguen.

Por otro lado, el marco de análisis de la equidad internacional resulta especialmente útil en la interpretación de la equidad en la Convención. Al respecto se señala que la equidad tiene dos vertientes, una de carácter formal que atiende a la corrección de los procedimientos y otra de carácter substantiva que tiene que ver con la relación entre la respuesta en equidad y la justicia. En cuanto a este último existen dos aproximaciones: la primera de carácter correctiva que busca enmendar una situación de injusticia y la segunda de carácter distributiva que busca distribuir recursos.

Desde una perspectiva diferente la equidad en la Convención puede ser entendida como equidad intergeneracional. Este concepto plantea al menos dos variantes una que atiende a reducir las injusticias entre los miembros de una misma generación y otra, que en cambio, intenta lo mismo pero entre miembros de generaciones diferentes.

En el análisis de esta clase de equidad hemos podido concluir en primer lugar que la equidad intergeneracional es una variante de la equidad según el derecho internacional que surge a mediados del siglo veinte, al amparo de un discurso que concibe la existencia de cierta clase de bienes cuya propiedad corresponde a la humanidad en su conjunto. Lo anterior implica que el derecho debe proteger dicha clase de bienes de modo de asegurar el goce de los mismos por todos los miembros de la humanidad, lo cual a su vez supone la distribución de derechos y deberes entre los miembros de la colectividad.

En segundo lugar y unido a lo anterior, de la equidad intergeneracional se derivan ciertos “principios”, o deberes morales que deben ser respetados, como son los principios de “conservación de opciones”, “conservación de calidad” y “conservación de acceso”. En consecuencia, los principios expresados dan cuenta de una relación más cercana con la aspiración de justicia substantiva de esta clase de equidad.

Sin embargo, el análisis de esta clase de equidad tampoco ha arrojado respuestas que permitan una interpretación concluyente del significado de la equidad en el artículo 3° de la Convención. Lo anterior sumado a que el carácter intergeneracional ha sido desarrollado mayoritariamente en relación al principio del desarrollo sustentable nos lleva a concluir que no es esta clase de equidad aquella a que hace referencia dicho artículo.

Las constataciones que hasta aquí se han enumerado nos condujeron a revisar la historia de la Convención en busca de mayores antecedentes. De dicha labor se pudo concluir que tampoco existen fundamentos al interior del Comité Intergubernamental de Negociación que permitan discernir cual fue el contenido que se le quiso atribuir a la equidad expresada en el artículo tercero de la Convención.

A pesar de ello, ciertos hallazgos deben ser puestos de relieve. En primer lugar el lenguaje utilizado por el Comité Intergubernamental de Negociación da cuenta de una gran cercanía a la equidad conforme a su dimensión intergeneracional. Se habla de “preocupaciones comunes de la humanidad”, “del mismo derecho de todos los ciudadanos” a los “sumideros oceánicos”, “bosques”, “recursos atmosféricos” y otros recursos; de un “interés común”, “del igual derecho de todos los ciudadanos al patrimonio común mundial”, de la “conservación y mantención de los recursos atmosféricos”, la “obligación de proteger el clima en beneficio de las generaciones presentes y futuras”, “el derecho de las generaciones presentes y futuras al desarrollo sostenible y el crecimiento económico”, dentro de un extenso etcétera.

Si bien no todas estas expresiones prosperaron al punto de ser incluidas en la Convención, es importante destacar el acercamiento a esta clase de equidad, en tanto refleja un acercamiento de la equidad en la Convención a una justicia de tipo

substantivo. Asimismo el lenguaje utilizado refleja la influencia de la terminología usada al tiempo de la negociación.

Por otro lado, consta de los mismos documentos menciones al “principio de quien contamina paga”, el “principio de responsabilidad común pero diferenciada”, el “principio de precaución”, el “principio de soberanía”, el “principio de no injerencia en los asuntos internos de otros países”, etcétera, los cual al no distinguir entre unos, parecieran terminar asimilando categorías conceptuales como son principio de derecho internacional y principios de derecho internacional ambiental.

A mayor abundamiento, la equidad es en ocasiones denominada como “principio” y en otras no, lo cual la haría participar de la categoría anterior y también la constituiría como un concepto en sí mismo.

Al mismo tiempo expresiones como: “circunstancias nacionales”, “aportes per cápita”, “necesidades de los países en desarrollo”, “las mayores capacidades financieras y tecnológicas de los países desarrollados”, “la gradualidad y flexibilidad en la adopción de compromisos”, etc., fueron sugeridas en la negociación para determinar la distribución de obligaciones y compromisos en relación a la equidad; lo cual se acerca a la forma en que es aplicada la equidad en el contexto del Derecho Internacional Público.

Otro resultado que arrojó el estudio del proceso de negociación de la Convención dice relación con el interés de los países en desarrollo en incluir una sección destinada a los principios y la subsecuente indisposición expresada por los países desarrollados ante tal elección, lo cual fue resuelto mediante un artículo de “Principios” pero moderado, en tanto contempla una lista no exhaustiva de criterios que deben orientar el cumplimiento de la Convención. En otras palabras, se le restó contundencia al artículo en la medida que los principios allí mencionados no expresan obligaciones precisas, sino que son guías destinadas a orientar a las Partes; ni son los únicos destinados a proveer criterios de interpretación de la Convención.

Como se puede observar, a pesar de todos estos valiosos antecedentes, tanto el estudio de la equidad internacional y su vertiente la equidad intergeneracional, como el

estudio del proceso de negociación no arrojaron resultados concluyentes respecto al significado de la equidad en la CMNUCC.

Esta constatación nos opone a una disyuntiva: restar valor a la equidad en la Convención o bien a buscar nuevos referentes para su interpretación. En esta parte de la investigación se utilizó un nuevo paradigma que permitiera reinterpretar la equidad en la Convención, el cual fue aportado por Thomas Franck, quien estudiando los diferentes usos de la equidad internacional, concluyó que el auge de la misma durante el siglo veinte obedece a la necesidad de esta rama del derecho de resolver cierta clase de problemas relacionados con la distribución de recursos escasos.

Por tal motivo, no debiera llamar la atención que la utilización de la equidad por parte de las Cortes sea más prolífica en ámbitos como delimitación de plataformas costeras o conflictos por aguas dulce, en tanto ambos se refieren al reparto de bienes escasos. Asimismo, tampoco parece aventurado sugerir que el campo de mayor éxito de la equidad sea aquel en que se existe un tribunal llamado a establecerla.

Sin embargo, este autor va más allá afirmando que lo que equidad hace es proveer un discurso que permite articular orden y cambio dentro del derecho, para lo cual resulta indispensable una evaluación del contexto sobre el cual la equidad está llamada a servir.

La primera consecuencia de este nuevo paradigma es el alejamiento de la equidad de aquellas nociones que la concebían como un tipo de principio de derecho internacional o derecho internacional ambiental. La equidad, no participaría de ninguna de estas categorías, sino más bien sería un elemento fundacional del derecho internacional.

Lo anterior releva tener que resolver a qué categoría nos estamos refiriendo al hablar de la equidad, a la vez que permite incluir en el discurso de equidad principios y criterios extra jurídicos, sin que por ello surjan cuestiones de carácter dogmático que relativicen su valor dentro del derecho internacional y más específicamente dentro del régimen de cambio climático.

Sin embargo, lo anterior nos opone también a un nuevo desafío: si la equidad, desde una concepción moderna, es un elemento fundacional de derecho internacional ¿Cómo se operativiza o lleva a la práctica? La respuesta debe ser hallada en la forma en que opera la equidad en el derecho internacional, esto es, en ámbitos acotados y en relación al contexto más cercano que la rodea. En el caso del régimen de cambio climático, la operativización de la equidad está dada por el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. En efecto, dentro de la investigación realizada, diferentes autores han puesto de relieve que la relación entre la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, llegándose a afirmar por algunos autores que el segundo es un retoño de la primera.

Corroborar la idea anterior la similitud entre los ejemplos utilizados para ilustrar la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas lo cual nos habla desde ya de una relación entre uno y otro.

Luego, fue necesario examinar el contenido de este principio y las peculiaridades que ofrece dentro del régimen de cambio climático. En dicho análisis se concluyeron varias cuestiones, entre ellas, el significado de la expresión “respectivas capacidades” con la cual concluye la redacción del principio en la Convención y la relevancia de la diferenciación, materializada en los Anexos para la distribución de responsabilidades.

Ahora bien, pareciera reiterativa la mención a la equidad y al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades en la redacción del artículo 3° de la CMNUCC, a menos que por tal mención se busque poner de relieve algún aspecto en particular de la equidad.

En esta investigación se sugiere que dicho aspecto tiene que ver con la necesidad de flexibilizar la interpretación de la Convención en lo que dice relación con la diferenciación, que es el aspecto nuclear del principio. En otras palabras que la equidad apunta a destacar que el principio de responsabilidad comunes pero diferenciadas debe ser aplicado y revisado en el tiempo.

Corroborar la idea anterior las características particulares de la Convención. El hecho de tratarse de una Convención Marco supone que habrá de requerir hacia el futuro de otros instrumentos para el logro de sus objetivos, como por ejemplo el Protocolo de Kioto, las Decisiones de las COPs y por supuesto el documento que resultante del proceso que está llevando adelante el ADP.

La versatilidad y adaptabilidad de la Convención además queda de manifiesto por la existencia de los mecanismos de enmienda, los cuales perfectamente pueden involucrar los Anexos de la Convención.

Para finalizar, si la diferenciación, que es el aspecto central del CBDR&RC está plasmada a través de los Anexos, son estos los que deben ser revisados a efectos de actualizarlos al contexto actual. La factibilidad de dicha posibilidad queda de manifiesto con la propuesta de la Federación Rusa, que en base a otros fundamentos arriba a la misma conclusión.

BIBLIOGRAFÍA.

BENADAVA, Santiago. Derecho Internacional Público. Santiago. Editorial Jurídica ConoSur. 6ª Edición. 1999. 382p.

BERNHARDT, Rudolf. Encyclopedia of public international law. Amsterdam. Elsevier Science Publishers. 1992. V.2. 1530p.

BLACK, Henry. Law Dictionary. St Paul. Minnesota. West Group. 7º Edición. 2000 1323p.

BROWN WEISS, Edith. Un mundo justo para las futuras generaciones: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Madrid. Ediciones Mundi-Prensa, 1999. 373p.

BROWN WEISS [et al.] International Environmental Law. Aspen Publishers. 2006.

CARBONELL, Flavia [et al.] Principios Jurídicos, Análisis y Crítica. Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Abeledo Perrot : Thomson Reuters. 2011. 339p.

CHUECA, Ángel. Derecho Climático y Derecho Internacional. Zaragoza: Fundación Ecología y Desarrollo 2000. 223p.

FOY Pierre [et al.]. Derecho Internacional Ambiental. Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2003. 1241p.

GILES, Rosa. Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro. España. Editorial Aranzadi, S.A. 2012. 409p.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. Panorama del derecho mexicano. Derecho del Mar. Universidad Nacional Autónoma de México. 1997. 139p.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso. Temas Selectos de Derecho Internacional. México. Universidad Nacional Autónoma de México. (4ed) 2003. 795p.

HART, Herbert, El concepto del derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1963. 332p.

HENKIN Louis [et al]. International Law. Cases and Materials. American Casebook Series. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 2º edición. 1987. 1517p.

HIGGINS Rosalyn. Problems and Process: International Law and How We Use It. Oxford University Press. 1995. 274p.

LOUKA, Elli. International Environmental Law. Fairness, Effectiveness, and World Order. Edimburgo. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. 518p.

MORAGA Pilar. El Nuevo Marco Legal para el Cambio Climático. Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. LOM. 2009. 292p.

RAMIREZ, Antonio. Diccionario Jurídico: español – inglés: inglés -español. Barcelona: Ediciones Gestión 2000, S.A., 2003. 483p.

RAMOS Francisco. Diccionario Bilingüe de terminología jurídica: inglés español, español inglés. McGraw Hill Interamericana de España. 2002. 683p.

SANDS Philippe. Principles of international environmental law Manchester University Press. 1995. 773p.

SHAW, Malcom N. International Law. Cambridge University Press. Sexta Edición. .1285p.

SOLTAU, Friedrich. Fairness in International Climate Change Law and Policy. Cambridge University Press.2009. 285p.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ADGER, Neil [et al.]. Adaptation to climate change in the developing world. Progress in Development Studies 3,3. 2003. Pp. 179-195.

ARÍSTEGUI, Juan Pablo. Evolución del Principio “Responsabilidades comunes pero diferenciadas” en el régimen internacional del Cambio Climático. *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. 2012. Pp. 585-611.

ARÍSTEGUI, Juan Pablo. Nuevos aspectos legales en el régimen del cambio climático: La plataforma de Durban. *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental visión ambiente global: Presente y Futuro*. 2012. Pp. 41-54.

AKEHURST, Michael. Equity and General Principles of Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25 (4). 1976. Pp. 801-825.

AKEHURST, Michael. The Hierarchy of the sources of International Law. *British Yearbook of international Law*. 47 (1). 1975. Pp. 273-285.

BARRAL, Virginie. Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of and Operation of an Evolutive Legal Norm. *The European Journal of International Law*. Vol. 23(2). 2012. Pp. 377-400.

BROWNLIE, Ian. The Methodological Problems of International Law And Development. *Journal of African Law*, Vol. 26(1).1982. Pp. 8-11.

CANEY, Simon. Cosmopolitan Justice, Responsibility and Global Climate Change. *Leiden Journal of International Law* 18. 2005. Pp. 747-775.

CANEY, Simon. Review Article: International Distributive Justice. *Political Studies*. Vol 49. 2001. Pp. 974–997.

CRAIG Robin. "Stationarity Is Dead" Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law. *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 34, No. 1, (2010), pp. 9-75.

CULLET, Philippe. Equity and Flexibility Mechanisms in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues. *Review of European Community & International Environmental Law*. Vol. 8. 1999. Pp. 168–179.

CULLET, Philippe. The Global Warming Regime after 2012: Towards a New Focus. *Economic and Political Weekly*. Vol 43. (28). 2008. Pp. 109-117.

DELEUIL, Thomas. The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties Review of European Community and International Environmental Law. Vol. 21, (3,1). 2012. Pp. 271-281.

FARBER, Daniel. Beyond the North–South Dichotomy in International Climate Law: The Distinctive Adaptation Responsibilities of the Emerging Economies. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. Vol. 22 (1). 2013. Pp. 42-53.

FRANCK, Thomas. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*. Vol. 82 (4). 1988. Pp. 705-759.

FRANCK, Thomas. The international role of equity-as-fairness. *Georgetown Law Journal* 81(3). 1993. Pp. 563-595.

FRANCK, Thomas. The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an age of Power Disequilibrium. *The American Journal of International Law*. Vol. 100. 2006. Pp 88-106.

FRENCH, Duncan, LAVANYA, Rajamani. Climate Change and Environmental Law: Musings on a Journey to Somewhere. *Journal of Environmental Law*. 25(3) (2013). Pp. 437 – 461.

GUPTA, Joyeeta. Legal Steps Outside the Climate Convention: Litigation as a Tool to Address Climate Change. *Review of European Community and International Environmental Law*. 16 (1) 2007. Pp. 76 – 86.

HONKONEN, Tuula. The principle of common but differentiated responsibility in post-2012 climate negotiations. *Review of European Community & International Environmental Law*. Vol. 18 (3). 2009. Pp. 257-267.

LASSE, Ringius. Burden Sharing and Fairness Principles in International Climate Policy. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* Vol. 2. 2002. Pp. 1–22.

LINKLATER, Andrew. The evolving spheres of international justice. *International Affairs* (Royal Institute of International Affairs 1944-), Vol. 75, No. 3(Jul., 1999), pp. 473-482.

MATTOO, Aaditya. Equity in Climate Change: An Analytical Review. *World development*. 40 (6). 2012. 1083-1097.

MÖNCKEBERG, Francisco. La defensa del patrimonio y de las preocupaciones comunes de la Humanidad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 38. 2012. Pp. 687 – 729.

OKEREKE, Chukwumerije, BULKELEY Harriet, SCHROEDER Heike. Conceptualizing Climate Governance Beyond the International Regime. *Global Environmental Politics*. Vol. 9 (1). 2009. Pp. 58-78.

ONG David M. International Environmental Law's 'Customary' Dilemma: Betwixt General Principles and Treaty Rules.1 *Irish Y.B. Int'l L.* 3 2006.

RAJAMANI, Lavanya. Changing fortunes of differential treatment in evolution of international law. *International Affairs* Vol. 88 (3). 2012. Pp 605 – 623.

RUHL, J.B. y SALZMAN, James. Climate change meets the law of the horse. *Duke Law Journal*. Vol. 62 (5). 2013. Pp. 975 - 1027.

SCOBIE, Ian. Tom Frack's Fairnes. *European Journal of International Law*. Vol. 13(4). 2002. Pp 909-925.

STONE, Christopher. Common but Differentiated Responsibilities in International Law. *The American Journal of International Law*. Vol. 98 (2). 2004. Pp. 276-301.

VERSCHUUREN, Jonathan. Legal Aspects of Climate Change Adaptation. En, Hollo, Erkki J.; Kulovesi, Kati; Mehling, Michael (Eds). *Climate Change and the Law*. Springer. 2013. Pp 257 - 285. (libro Pilar Caballo)

WARBRICK, Colin. Bronwlie's Principles of Public International Law: An assesment. *European Journal of International Law*. (2000). Vol. 11. Pp 621-636.

RECURSOS BIBLIOGRAFICOS EN LÍNEA

ADLER, Matthew. Corrective Justice and Liability for Global Warming [En línea] <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5286&context=faculty_scholarship> [consulta: 09 de Diciembre de 2014]

ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. [En línea] <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192066.pdf%E2%80%8E>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

BEYERLIN, Ulrich. Bridging the North-South Divide International Environmental Law. [En línea] <http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_259_296.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

BOISSON, Laurence. Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático [En línea] < http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ccc/ccc_s.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

BURNS H. Weston. Climate Change And Intergenerational Justice: Foundational Reflections [En línea] <<Http://Www.Vjel.Org/Journal/Pdf/Vjel10067.Pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

BUSHEY Douglas y JINNAH Sikina. Evolving Responsibility? <The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCC. [En línea] <<http://bjil.typepad.com/Publicist06-Bushey-Jinnah-final.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW. Draft Working Paper. The Principle of Equity and the Eradication of Poverty [En línea] <http://www.worldfuturecouncil.org/fileadmin/user_upload/papers/CISDL_P2_Equityetc.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

FARBER, Daniel. Basic Compensation for Victims of Climate Change. [En línea] <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/192>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

GUPTA, Joyeeta. En nombre de mi delegación. [En línea] <http://www.iisd.org/cckn/pdf/my_delegation_es.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

HELD, David y Hervey ANGUS. Democracia, cambio climático y gobernanza global. La práctica democrática y el abanico de opciones políticas [En línea] https://www.fuhem.es/revistapapeles/docprivados/108/democracia,%20cambio%20climatico%20y%20gobernanza%20global_D.HELD_A.FANE_HERVEY.pdf [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

HENDERSON Gail. Rawls & Sustainable Development. [En línea] <http://www.mcgill.ca/jsdlp/sites/mcgill.ca/jsdlp/files/7_1_1_henderson.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

HEYWARD, Madeleine. Equity and international climate change negotiations: a matter of perspective. [En línea] <<http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/Oxford/Archives/Oxford%202011%20Readings/Heyward.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

HONTY, Gerardo. Filtraciones climáticas: adelanto del V Informe del IPCC. [En línea] <http://alainet.org/active/70615> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

HONTY, Gerardo. La muerte del mecanismo de desarrollo limpio [En línea] <<http://www.intercambioclimatico.com/2013/04/29/la-muerte-del-mecanismo-de-desarrollo-limpio/>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. The Hague Conference (2010). Legal Principles Relating to Climate Change. [En línea] <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. The Sophia Conference (2012). Legal Principles Relating to Climate Change. [En línea] <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/4FBED782-B7F9-4195-9877E671452CBC45>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

LEAL-ARCAS, Rafael. The BRICs and Climate Change [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2310568_code1175289.pdf?abstractid=2306688&mirid=1> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

MCCAFFREY, Stephen. Convención De Las Naciones Unidas Sobre El Derecho De Los Usos De Los Cursos De Agua Internacionales Para Fines Distintos De La Navegación [En Línea] <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw_s.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

MOROSINI, Fabio. Trade and Climate Change: Unveiling the principle of common but differentiated responsibilities from the WTO Agreements. [En línea] <<http://docs.law.gwu.edu/stdg/qwilr/PDFs/42-4/1-%20Morosini.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

MÜLLER, Benito. UNFCCC – The Future of the process. Remedial action on process ownership and political [En línea] <<http://www.oxfordclimatepolicy.org/publications/documents/UNFCCC-TheFutureoftheProcess.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

NACIONES UNIDAS. Clausulas finales de tratados multilaterales. Manual. [En línea] <<https://treaties.un.org/doc/source/publications/FC/Spanish.pdf>> [Consulta: 02 De Diciembre de 2014]

NACIONES UNIDAS. Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future 1987. [En línea] <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

NACIONES UNIDAS. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1992-1996 (st/leg/ser.f/1/Add.1). [En línea] <http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/spanish/ST-LEG-SER-F-1-Add1_S.pdf> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

OCDE. Cities, Climate Change and Multilevel Governance. [En Línea] <<http://www.oecd.org/gov/regional-policy/44232263.pdf>> [Consulta: 02 de Diciembre de 2014]

PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2011. Sostenibilidad y Equidad: Un mejor futuro para todos [En línea] <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-2011> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano 2013. El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso. [En línea] <<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2013GlobalHDR/Spanish/HDR2013%20Report%20Spanish.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

PAGE Edward. Intergenerational Justice and Climate Change. [En línea] <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/people/page/publications/ps1999.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

PAGE Edward. Justice Between Generations: Investigating A Sufficentarian Approach. [En línea] <http://wrap.warwick.ac.uk/938/1/WRAP_Page_0582711-250609-profile6.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

PATERSON, Matthew. Principles of Justice in the Context of Global Climate Change.[En línea] <<http://graduateinstitute.ch/webdav/site/admininst/shared/iheid/800/luterbacher/luterbacher%20chapter%206%20106.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

POSNER A., Eric y SUNSTEIN R. Cass. Climate Change Justice. 2007 [en línea] <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/354.pdf>> [Consulta: 09 de Enero de 2014]

SUNSTEIN, Cass. Montreal vs. Kyoto: A Tale of Two Protocols [En Línea] <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/302.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

TASIOULAS John. International Law and the Limits of Fairness [En Línea] <<http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1573.pdf>> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

UNFCCC. Manual de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático [en línea] < http://unfccc.int/resource/docs/publications/handbook_esp.pdf> [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

YABAR, Ana. La equidad en el diseño de una solución cooperativa para el post-Kioto. [En línea] http://www.ucm.es/data/cont/docs/302-2013-11-12-Articulo_A.Yabar.pdf [Consulta: 09 de Diciembre de 2014]

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, ICJ Reports. Separate Opinion Judge Weeramantry. 1993.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Case Concerning The Gabcikovo-Nagymaros Project. ICJ Reports 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Maritime Dispute (Peru v. Chile). ICJ Reports 2014.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

NACIONES UNIDAS. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 1945.

NACIONES UNIDAS. Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958.

NACIONES UNIDAS. Declaración de Estocolmo Sobre Medio Humano 1972.
(A/CONF.48/14 y Corr.1)

NACIONES UNIDAS. Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974.

NACIONES UNIDAS. Convención de Derecho del Mar de 1982.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono 1990.

NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, junio de 1992 (A/CONF.151/26 (Vol. I))

NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para fines distintos de la navegación de 1997. (A/RES/51/229)

RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/43/53)

NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/44/207)

NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/45/212)

NACIONES UNIDAS. Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras (A/RES/46/169)

NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su

Primer Período de sesiones celebrado en Washington, D.C., del 4 al 14 de febrero de 1991. (A/AC.237/6)

NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Segundo Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 19 al 28 de junio de 1991. (A/AC.237/9)

NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. (A/AC.237/12)

NACIONES UNIDAS. Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos. Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. Tema 2 a) del programa. (A/AC.237/WG.I/CRP.1/Rev.1)

NACIONES UNIDAS. Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos. Tercer Período de sesiones celebrado en Nairobi, del 9 al 20 de septiembre de 1991. Tema 2 a) del programa. Compilation of texts related to principles Submitted by the Bureau of Working Group I. (A/AC.237/Misc.06)

NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en su Cuarto Período de sesiones celebrado en Ginebra, del 9 al 20 de diciembre de 1991. (A/AC.237/15)

NACIONES UNIDAS. Informe del Comité Intergubernamental de Negociación de una Convención General sobre los Cambios Climáticos acerca de la labor realizada en la Primera Parte de su Quinto Período de sesiones celebrado en Nueva York del 18 al 28 de febrero de 1992. (A/AC.237/18 [Part. I])

DOCUMENTOS DE LA CONFERENCIA DE LAS PARTES.

FCCC/CP/1998/16/Add.1

FCCC/CP/2001/13/Add.1

FCCC/CP/2011/9/Add.1

FCCC/CP/2011/5

UNFCCC/ADP/2012/MISC.3