



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Mönckeberg Solar, Francisco José

La defensa del patrimonio y de las preocupaciones comunes de la humanidad

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVIII, julio, 2012, pp. 687-729

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173623200017>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LA DEFENSA DEL PATRIMONIO Y DE LAS PREOCUPACIONES COMUNES DE LA HUMANIDAD

[“The Defense of Heritage and of the Common Concerns of Mankind”]

FRANCISCO JOSÉ MÖNCKEBERG SOLAR\*

### RESUMEN

¿Cómo defender el medio ambiente en la medida que este escapa a la lógica territorial de un Estado soberano, tales como la alta mar o las especies migratorias? Los medios actuales para defender esta *res communis* que definiremos como “global concerns”: bienes y preocupaciones comunes, dependerán de la calidad para actuar y de las instancias que nos dispone el Derecho internacional actual. En vista de su insuficiencia, la *actio popularis* u otras instituciones tales como la OME presentan atisbos de eventuales soluciones.

### PALABRAS CLAVE

*Res nullius/res communis* – “patrimonio común” de la humanidad – “common concerns” – *Actio popularis*.

### ABSTRACT

How to defend environment as it scapes the territorial logic of a sovereign State, such as the high seas or migration birds? The current means to defend this *res communis*, which we will define as “global concerns”: common wellbeing and concerns will depend on the capability to act, and on the instances provided by the present International Law. In the light of its inadequacy, the *actio popularis* or other institutions such as the WEO show signs of eventual solutions.

### KEYWORDS

*Res nullius/res communis* – “common heritage” of mankind – “common concerns” – *Actio popularis*.

RECIBIDO el 26 de abril y ACEPTADO el 24 de mayo de 2012.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho con menciones en Derecho internacional y Teoría del Derecho por la Universidad de Lausanne, Suiza; candidato a doctor por la misma Universidad. Dirección postal: Calle Sol y Mar 155, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: [fjmoncke@gmail.com](mailto:fjmoncke@gmail.com)

## I. INTRODUCCIÓN\*\*

Entrada ya en el siglo XXI, la humanidad se encuentra desafiada por la biosfera de la cual tanto ha sacado provecho y que contiene los requisitos mismos de su existencia. Mientras que numerosas normas intentan establecer un marco legal sobre los diversos territorios nacionales, algunos lugares escapan a esta débil protección.

Esta *res communis* situada más allá de las fronteras nacionales, tierra de todos y tierra de nadie, ¿Será acaso la misma, de la cual sacamos beneficios y la cual ultrajada, dejamos abandonada a su destino? La naturaleza se encargó de recordar al hombre que ella es el medio donde vive, y que ella lo *conciérne* esencial y colectivamente. El descubrimiento de la depleción de la capa de ozono será la ocasión para repensar la noción de *res communis*, proyectándola en la “horizontalidad” en el plano del globo terráqueo y en la “verticalidad” sobre el eje de las generaciones.

Espacios comunes, patrimonio, intereses y en fin, preocupaciones comunes de la humanidad; a través de la evolución de un concepto, el de “global concern”, trataremos de definir los contornos de esta *res communis*, desprovista de estatus jurídico en sí, pero de la cual urge pensar la defensa. La multiplicación de los tratados y convenciones internacionales atestigua una toma de conciencia de la comunidad internacional con respecto a una problemática que la involucra globalmente, no tanto ya en términos de beneficios, sino más bien en términos de supervivencia. Sin embargo, todavía resta garantizar la aplicación de tales normas y no quedarse al nivel de sólo buenas resoluciones.

¿Qué calidad para actuar se puede invocar en defensa de los espacios o problemáticas que escapan a la noción de propiedad o a la de un tercero como principal afectado? ¿Las obligaciones *erga omnes*, el *jus cogens*, y la *actio popularis* no tendrán acaso un rol importante a desempeñar en la extensión de la calidad para actuar en defensa de los “global concerns”? En fin, en tanto que la acción de Estados, como la de privados ha empujado la biosfera y aún

---

\*\* ABREVIATURAS: CDI = Comisión de Derecho internacional; CIJ = Corte International de Justicia; CITES. = *Convention on International Trade of Endangered Species*; ICEF = *International Court of Environment Foundation*; ITLOS = Tribunal Internacional del Mar; MEA. = *Multilateral Environmental Agreement*; OME = Organización Mundial del Medio Ambiente (Organisation mondiale de l'environnement); ONG = Organización no-gubernamental; ORD = Órgano de Solución de Diferencias; PCA = *Permanent Court of Arbitration*; UNCLOS = *United Nations Convention of the Law of the Sea*.

la empuja al umbral del desastre, ¿Será razonable persistir en limitar la acción del Derecho internacional al sólo nivel estatal?

La problemática de la calidad para actuar es inseparable a la determinación de las instancias abiertas a reclamos internacionales. Por lo tanto, presentaremos las principales cortes internacionales, tanto como los organismos cuasi o no judiciales, donde pueden o podrían presentarse los litigios referente a los “global concerns”. Viendo la clara insuficiencia del acceso a la justicia, convendrá añadir, al estado actual de los hechos, la apertura de algunas perspectivas.

## II. “RES NULLIUS” Y “RES COMMUNIS”

En la mayoría de las sociedades humanas, la propiedad es concebida como una relación, que en lo esencial establece derechos entre los hombres y las cosas. Paradójicamente, la propiedad individual nace de un reconocimiento de parte de la sociedad, que asigna la administración de bienes a personas determinadas, en vista de una mejor gestión de los bienes a disposición.<sup>1</sup>

Sin embargo, ciertos bienes, por su naturaleza, son llamados a ser administrados por toda la colectividad y cuya propiedad no puede atribuirse a personas determinadas. Tal es el caso de las plazas, parques, caminos, etc., que son administrados en general por el Derecho administrativo.

En el Derecho internacional, la propiedad esboza el mismo fenómeno jurídico. Los Estados son soberanos, y ellos son normalmente los mejores ubicados para gestionar los bienes situados en sus territorios. Empero algunos de ellos ameritan una protección y una administración más global, sobre todo

---

<sup>1</sup> Se ha considerado a menudo que por un lado, la propiedad privada, y por otro, la nacionalización, serían dos soluciones a la gestión de los bienes comunes. Sin embargo, tanto la puesta en práctica de una como la otra se hace generalmente difícil y los resultados muy insuficientes. Cfr. OSTROM, Elinor, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, Cambridge University Press, 1990), pp. 7-15. Frente a esta constatación, Elinor Ostrom inició un movimiento de estudio para elaborar reglas de gestión y partición de los bienes comunes. Alejándose del diktat de una solución única, Ostrom ilustra diferentes modelos de “gobernanza”, creados por comunidades del mundo entero, basados sobre sus especificidades locales y al mismo tiempo compartiendo un punto común: una institución que define derechos de explotación claros y que pone en práctica medidas progresivas para asegurar la preservación de los recursos. La propiedad colectiva se revela más administrable en la medida que la comunidad comparte una misma red de valores y se ancla en una sólida base social que le permite definir eficazmente los derechos de uso (elecciones éticas anteriores a las consideraciones económicas). La pista, sugerida por Elinor Ostrom en el marco de las propiedades colectivas de pequeña escala, es una solución fundada sobre los usuarios para una gestión equitativa de los bienes comunes y que pone en su lugar un régimen de propiedad común regulada fuera del mercado y de los Estados.

que hoy, bajo la presión de múltiples intereses, generados por una espiral constante de consumismo, el programa de acción de los Estados es, repetidas veces, desviada de su fin, a saber: el bien común. Además, a menudo la protección del patrimonio natural no es más que una preocupación menor para los Estados. La intensificación de los flujos transfronterizos, bajo la impulsión de un comercio creciente, genera múltiples intervenciones que ya no se limitan a las fronteras nacionales. Las externalidades de las actividades comerciales de los Estados o de los privados son especialmente negativas hacia los bienes que ocupan una lugar esencial en el equilibrio ecológico.

Ahora bien, el sistema actual de Derecho internacional, fundado en la soberanía de Estados yuxtapuestos y en el bilateralismo, muchas veces es incapaz de responder a la urgencia de problemáticas ecológicas<sup>2</sup>. Es por esto que este sistema debiera evolucionar a fin de adaptarse al nuevo rol que es llamado a desempeñar. Además, numerosas tierras, situadas más allá de los territorios de los Estados, escapan a un sistema de propiedad y son, cada vez más utilizadas por la humanidad. Su estatus es problemático para el Derecho internacional. Consideradas, en un comienzo como *res nullius*<sup>3</sup> (cosa que no pertenece a nadie, pero susceptible de apropiación por el primer ocupante), en nuestros días son más bien consideradas como *res communis* (todos pueden gozar de ella, pero nadie apropiársela)<sup>4</sup>. De manera que no nos queda más que una categorización débil e insuficiente para ordenar las dificultades ligadas, por una parte al derecho de goce de estos espacios comunes<sup>5</sup> y, por otra, a un derecho más frágil de conservar esta *res communis*.

---

<sup>2</sup>Véase: POSTIGLIONE, Amedeo, *Global Environmental Governance. The Need for an International Agency and an International Court of the Environment* (Bruselas, Bruxelles, Brulant, 2010), p. 30.

<sup>3</sup> *Res nullius* y *res communis*, dos nociones que vienen del Derecho romano de la propiedad. Para más detalles, véase PANNATIER, Serge, *L'Antarctique et la protection internationale de l'environnement* (Tesis de doctorado, Universidad de Neuchâtel, 1994), p. 213.

<sup>4</sup> Las nociones de *res nullius* y de *res communis* ambas encuentran sus orígenes en el Derecho Romano. En Derecho internacional, es en el siglo XVII que la *res nullius* llegó a ser una regla consuetudinaria según la cual un territorio sin dueño es susceptible de ocupación mediante una toma de posesión efectiva de un Estado que viene a ejercer su soberanía sobre esta *res nullius* que entra entonces en el sistema de propiedad. En cuanto a las aplicaciones del concepto de *res communis* en Derecho internacional, se deben esencialmente a Hugo Grotius, que a su vez se inspira de iusnaturalistas como Francisco de Vitoria. Ambos afirman la existencia de una comunidad humana original que goza de una destinación universal de los bienes. La creación de los Estados habría acarreado la repartición de ciertos de estos bienes, pero otros, como el mar, quedaron como propiedad común.

<sup>5</sup> ¿Goce a la explotación? esto otorgaría ciertas ventajas para los países más avanzados. En esta materia, véase PANNATIER, S., cit. (n. 3), pp. 213-214.

Teniendo en cuenta la complejidad del problema, se comprenderá que la tendencia común, ha sido limitar este espacio común o de incorporarlo bajo la presencia de un Estado. Pero veamos primero cuáles son estos espacios comunes.

### 1. *Espacios comunes.*

La construcción conceptual geopolítica del mundo a menudo nos empuja a desdeñar la importancia cuantitativa y cualitativa de los espacios comunes, que representan más de tres cuartos del espacio terrestre, considerando sólo la tierra y la atmósfera.

a) El alta mar aparece en el artículo 87 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* del 10 de diciembre de 1982 (UNCLOS): “*La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral*”. Es, entonces, un territorio inmenso a disposición de todos, pero por lo mismo, desprovisto de una adecuada protección por el Derecho internacional. Algunas medidas, si bien en una ínfima proporción, han sido tomadas para remediar esto. Citaremos la extensión de la zona económica exclusiva, las obligaciones del Estado del pabellón y la creación de las zonas de refugio.

La extensión de la zona económica exclusiva según los acuerdos UNCLOS ha desembocado en un derecho de explotación, extendida para los Estados ribereños<sup>6</sup>, así como también ha otorgado ciertos deberes al Estado beneficiario de estos territorios, engendrando normas nacionales, así como responsabilidades del Estado y de los privados hacia este Estado (responsabilidad civil por daños ecológicos, tales como los producidos por una encalladura de una nave petrolera u interdicciones específicas de sobre pesca en la zona en cuestión).

Las obligaciones del Estado del pabellón, establecidas en el artículo 94 UNCLOS<sup>7</sup>, permiten una ficción de la extensión de la soberanía estatal,

---

<sup>6</sup> A propósito de la extensión de las zonas económicas exclusivas como una solución legal a los múltiples problemas relativos a la distribución de los recursos marítimos, véanse: BRUNNÉE, Jutta, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern*, en BODANSKI, Daniel - BRUNNÉE, Jutta - HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), p. 559; y DESOMBRE, Elizabeth, *Global Environmental Institutions* (Oxford, Craig Fowlie, 2006), p. 80.

<sup>7</sup> Art 94 UNCLOS: “*Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolean su pabellón [...] 4. Tales medidas incluirán las que sean necesarias para asegurar [...] c) que el capitán, los oficiales y, en lo que proceda, la tripulación conozcan plenamente y cumplan los reglamentos internacionales aplicables que se refieran a la seguridad de la vida en el mar, la prevención de abordajes, la prevención, reducción y control de la contaminación marina y el mantenimiento de comunicaciones por radio [...].*” 7.

sobre el espacio común a través de la nave a quien pertenezca. Este artículo es sobre todo fuente de deberes, permitiendo cierto control sobre las actividades practicadas en los espacios comunes y sus consecuencias.

Por último, la creación de zonas de refugio, aun si no son directamente mencionadas como obligación por el tratado<sup>8</sup>, se proyectan como una opción complementaria a fin de evitar una catástrofe ecológica en la “no-jurisdiction land” de los espacios comunes. Tales zonas de refugio permitirían a buques en dificultad de entrar en aguas nacionales, en espacios que deberían estar preparados, para hacer frente a tales accidentes y para limitar las repercusiones negativas al medio marino. Esto sería una manera de proteger la alta mar de ciertas poluciones como los derrames petroleros.

Falta aun destacar el estatus particular de los fondos marinos de la alta mar y de sus subsuelos, la Zona, constituida como ““patrimonio común” de la humanidad” por el artículo 136 de la parte XI UNCLOS<sup>9</sup> de la cual hablaremos más abajo. Los fondos marinos son puestos bajo la gestión de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos<sup>10</sup> que es la sola entidad internacional pudiendo llevar una queja contra un Estado, pero en el restringido marco de sus funciones<sup>11</sup>.

*b) La atmósfera y el espacio ultraterrestre son, en cuanto a la legislación, el pariente pobre de los espacios comunes. En 1961, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció, no obstante, “que toda la humanidad tiene interés en que se fomente la utilización del espacio ultraterrestre” y que este espacio “sólo debe explorarse y utilizarse [...] en beneficio de la humanidad y en provecho de los Estados, sea cual fuere su grado de desarrollo económico o científico”<sup>12</sup> Sin embargo, a pesar del tratado*

---

*Todo Estado hará que se efectúe una investigación [...] con cualquier accidente marítimo o cualquier incidente de navegación en la alta mar en el que se haya visto implicado un buque que enarbole su pabellón y en el que hayan [...] ocasionado graves daños [...] al medio marino”.*

<sup>8</sup> Una tal obligación podría dudarse del artículo 98: “2. Todo Estado ribereño fomentará la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea [...]”; y de los principios generales de Derecho internacional en caso de fuerza mayor. En esta materia véase: BLANCO-BAZÁN, Agustín, *Law of the Sea: Places of Refuge*, en *Globalism: People, Profits and Progress*, 30<sup>me</sup> Congrès Annuel du Conseil Canadien de Droit International (Londres, Kluwer Law International, 2002), pp. 67-69.

<sup>9</sup> Artículo 136 UNCLOS: “La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”.

<sup>10</sup> Artículo 137 y 145 UNCLOS.

<sup>11</sup> Artículo 187 UNCLOS. En esta materia, véase: BIRNIE, Patricia - BOYLE, Alan - REDGWELL, Catherine, *International Law & the Environment* (3<sup>a</sup> edición, Oxford, University Press, 2008), p. 253.

<sup>12</sup> Resolución N° 1721 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1961.

de 1967<sup>13</sup> y de otros instrumentos legislativos tales como el *Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por daños causados por objetos espaciales* de 1972<sup>14</sup> y el “Acuerdo sobre la Luna” de 1979<sup>15</sup> que no obstante declarar la luna como “Patrimonio Común”, deja este espacio relativamente a la merced de un modelo “first come, first served”. Considerando la carencia de conocimientos actuales, en particular acerca del espacio ultraterrestre, sus recursos y los riesgos ligados a su posible explotación, es evidente que el principio de precaución se debería aplicar a fin de limitar y controlar las actividades en este espacio común.

c) La Antártica constituye un caso particular entre los espacios comunes. El tratado Antártico<sup>16</sup> reconoce que es “del interés de toda la humanidad”<sup>17</sup> que el sexto continente sea reservado solamente a las actividades pacíficas y exige de los signatarios una cooperación científica. Además se hace de la Antártica “la primera tierra desnuclearizada del planeta”<sup>18</sup>.

Por otra parte, los 12 Estados que pretenden soberanía en la Antártica han aceptado congelar sus pretensiones territoriales, situación totalmente particular, que modifica el modo de ejercicio tradicional de la soberanía. En efecto, estos Estados no son más poseedores, sino más bien administradores de un espacio reconocido de interés común. La soberanía se expresa entonces en términos de “trusteechip” –por tomar una figura del Derecho anglosajón–; la calidad de *trustees* no estando reservada a los Estados “poseedores” sino abiertos a otros Estados signatarios del Tratado, que vienen a ser partes consultivas<sup>19</sup> por sus interés y experiencia en este territorio común. La soberanía “congelada” se expresaría entonces en términos de autoridad (*auctoritas*<sup>20</sup>): la

<sup>13</sup> *Tratados y Principios que deben regir las actividades de los Estados en la Exploración y utilización del espacio ultraterrestre*, de 10 de octubre de 1967.

<sup>14</sup> *Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales*, de 29 de marzo de 1972. Destaquemos que el *Convenio* apunta sólo a los daños ecológicos en la medida que éstos afecten los bienes de un Estado o de un particular [artículo I, letra a)].

<sup>15</sup> Por el momento este tratado está ratificado por 12 Estados y sólo 4 lo han firmado.

<sup>16</sup> *Tratado Antártico* de Washington, de 1 de diciembre de 1959.

<sup>17</sup> Artículo 1 del *Tratado Antártico*: “*Los Gobiernos de Argentina, Australia, Bélgica, Chile, la República Francesa, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, la Unión del África del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, reconociendo que es en interés de toda la humanidad que la Antártica continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional*”.

<sup>18</sup> PANNATIER, S., cit. (n. 3), p. 111.

<sup>19</sup> Hacia estos días son 48 los Estados que han firmado el tratado Antártico y 15 de ellos se suman a los 12 “poseedores” para constituir el grupo de “partes consultivas”.

<sup>20</sup> La *auctoritas*, como ejercicio de la autoridad, más allá del contractualismo de la

gestión de un bien, en nombre de la humanidad y dirigido al bien común, es delegado a un grupo de Estados en la medida que se reconocen aquellos como especialmente capaces de ejercer este rol de administradores. En este grupo, se añaden a los Estados poseedores, los Estados que han adquirido el estatus de partes consultivas, que conducen programas de investigación de cierta envergadura en la Antártica<sup>21</sup>. Además de un interés especial en la Antártica, se exige que estos países tengan cierta capacidad técnica que permita ejercer su rol de administradores, lo que implica poseer capacidades económicas para financiar tales programas que están al alcance principalmente de los países desarrollados<sup>22</sup>, claro que no de manera exclusiva, como lo demuestra la lista de las partes consultativas al tratado<sup>23</sup>.

La alta mar, el espacio atmosférico, el ultraterrestre, así como la Antártica no representan, sin embargo, más que una parte restringida de los espacios comunes. Aun podríamos citar el Ártico y ciertos territorios sin autonomía como el Sahara occidental, cuyo estatus jurisdiccional es confuso. Pero aun hay más: ¿Qué decir de la selva virgen, de los subsuelos, del mar y de los fondos marino más allá de la Zona, del aire, o de las especies migratorias?

Estos bienes comunes son eminentemente trasnacionales y obligan a idear la realidad del Derecho internacional del Medio Ambiente, por sobre los territorios. Postglione habla sobre la “extensión espacial del principio de responsabilidad”<sup>24</sup>. En efecto, aun si se pudiera dar una solución, en el sistema actual, a los espacios estrictamente fuera del territorio de un Estado, la responsabilidad ambiental no puede ya ser pensada en la limitada estructura de las fronteras nacionales.

Es verdad que el carácter transfronterizo de los daños ambientales ha logrado ya cierto reconocimiento jurídico en los instrumentos que tratan de la protección de la biodiversidad, de la lucha contra los cambios climáticos, así como de la protección de la capa de ozono. Sin embargo, la realidad global de las temáticas ambientales se tropieza a una teoría internacional obsoleta.

---

*potestas.* Véase: PAPAUX, Alain, *Introduction à la Philosophie du “Droit en situation”* (Bruselas, Bruylant, 2006), pp. 230-232.

<sup>21</sup> PANNATIER, S., cit. (n. 3), p. 193.

<sup>22</sup> De hecho, la gestión de la Antártica por un grupo de Estados legislando a nombre de la humanidad generó numerosas oposiciones. Citaremos al grupo de los No-Alineados que pondrá este tema a la orden del día en la Asamblea General de la ONU en 1982. Para más detalles sobre este tema, véase: PANNATIER, S., cit (n. 3), pp. 191- 194.

<sup>23</sup> Las partes consultivas son: África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, China, República de Corea, Ecuador, España, Estados Unidos, Rusia, Finlandia, Francia, India, Italia, Japón, Noruega, Nueva-Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, Reino Unido, Suecia, Ucrania y Uruguay.

<sup>24</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p. 20: “the spatial extension of the principle of responsibility”.

El modelo de Derecho internacional, nacido en la “Paz de Westfalia” está marcada por el momento histórico que la vio nacer. Las luchas entre los imperios y regímenes feudales terminó por fortalecer al Estado, integrándolo en un mosaico internacional, cuyo equilibrio depende de un juego de pesos y contrapesos, de poder y de respeto entre una multitud de Estados yuxtapuestos. Sin embargo, este sistema westfaliano se ha quedado anclado a su forma costándole seguir la evolución de una economía galopante y globalizada. Por lo tanto, esta solución político-jurídica del siglo XVII no puede alcanzar su objetivo en una sociedad trasnacional y termina siendo impotente de cara a los fenómenos ambientales transfronterizos.

Los contrapesos de fuerzas entre Estados que defienden su propio interés se transforman actualmente en problemas multilaterales y la multiplicación de los actores conduce a un jaque del bilateralismo. Ahora bien, reconocer este callejón sin salida y aceptar una respuesta más globalizada en vista a un bien común a la escala de la humanidad y no solamente en vista de los intereses nacionales, implica que los Estados renuncien a una parte de su soberanía<sup>25</sup> –lo que no es nada de fácil–. Apreciamos a este respecto a la actitud de M. Rocard<sup>26</sup>, encargado francés de las relaciones internacionales concernientes a los polos árticos y antárticos y que se decía ser el sólo embajador que no persigue los intereses de Francia, lo que demuestra una cierta conciencia con la necesidad de perseguir un bien común a la escala del planeta.

Al ver la insuficiencia del sistema westfaliano y del bilateralismo que le es corolario, la salvación de los espacios comunes, tanto al interior como al exterior de las fronteras, exige por parte del Derecho internacional, una revolución “3D”, un cambio de paradigma cada vez más urgente, dado que nos acercamos a una “tragedy of commons”<sup>27</sup>. Sin contar que además del

<sup>25</sup> BEYERLIN, Ulrich - MARAUHN, Thilo, *International Environmental Law* (Oxford, Hart Publishing, 2011), p. 377; AYER, Ariane, *Protection de l'environnement et souveraineté: de la responsabilité internationale à la prévention*, en BALMELLI, Tiziano - BORGHI, Alvaro - HILDBRAND, Pierre-Antoine (editores), *La souveraineté au XXI<sup>e</sup> siècle* (Friburgo, Edis, 2003), p. 228 : “Le droit international de l'environnement est par essence un facteur limitatif de la souveraineté étatique”; y la paradoja es constatada por DENIS, Benjamin, *La gouvernance mondiale de la préservation de l'environnement : acteurs non étatiques et processus politique international lié au réchauffement de la planète*, en EBERHARD, Christoph (editor), *Droit, gouvernance et développement durable* (Paris, Karthala, 2005), p. 100: “Comment un écosystème fondamentalement unifié sur une base planétaire pourrait-il être géré par un système politique dont la caractéristique première demeure le morcellement en entités souveraines ?”

<sup>26</sup> Cf. PAPAU, Alain (editor), *Biosphère et droits fondamentaux* (Ginebra, Schulthess, 2011), p. 77.

<sup>27</sup> La *tragedia de los comunes* es una expresión popularizada por Garrett Hardin que trata de los recursos en libre acceso pero no apropiables; lo que genera conflictos entre

agotamiento de los recursos naturales se añade la problemática ligada a su acceso y a las inequidades entre los países pobres y ricos.

Vayamos entonces más allá de los espacios comunes, cuya terminología en su materialidad territorial no resulta suficiente para envolver de manera precisa el objeto que constituye esta *res communis* cuya defensa es necesaria.

## 2. “Patrimonio común” de la Humanidad.

La paternidad de esta noción corresponde al embajador de Malta, Arvid Pardo. En 1967, propuso a la Asamblea General de las Naciones Unidas definir los fondos marinos bajo esta terminología y gestionarlos teniendo en cuenta “el interés de la humanidad”<sup>28</sup>. De hecho esta doctrina será aprobada en 1970 en la misma Asamblea General de la ONU<sup>29</sup> y reformulada en la Carta de derecho y deberes económicos de los Estados<sup>30</sup>. Luego, en 1982, el tratado UNCLOS lo utilizará para la definición de la Zona y la parte XI, que en su primera versión, conllevará numerosos rasgos que dan cuerpo a esta noción de “patrimonio común”: Así ocurre con la interdicción de apropiación por los Estados (artículo 137), con la explotación en beneficio de toda la humanidad, junto a una repartición igualitaria entre los Estados (artículo 140) y en fin con una protección eficaz del medio ambiente (artículo 137 y 145)<sup>31</sup>. Sin embargo, esta parte del tratado de 1982 no ha contado nunca con la aprobación de muchos países desarrollados, porque esta internacionalización de los fondos marinos supone privarlos de la libertad de explotación de los recursos de la Zona, obligándolos a una redistribución de los beneficios obtenidos. En efecto, una gestión común e igualitaria de los recursos estaba prevista bajo la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, asistida por un órgano operacional llamada la Empresa. Un régimen especial de apropiación colectiva de la zona internacional a favor de los países del tercer mundo debía ser establecido y permitir la difusión de los conocimientos técnicos de todo Estado que desarrolle actividades en este espacio marino. Se debería

---

intereses individuales y bien común. Véanse: BRUNNÉE, J., cit (n. 6), p. 562; y CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Agusto - CADENA GARCÍA, Felipe, *Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al Derecho internacional clásico*, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2 (2009), p. 7.

<sup>28</sup> Nota verbal de la Misión permanente de Malta ante la ONU dirigida al Secretario General, doc. A/6695 1967.

<sup>29</sup> *Declaration of the Principles Governing the Sea-Bed and Ocean-Flor, and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of National Jurisdiction*, Asamblea de la ONU, Resolución N° 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970.

<sup>30</sup> Artículo 29 de la *Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados*, R. 3281-XXIX, de 12 de diciembre de 1974.

<sup>31</sup> Véanse los elementos característicos de la noción de “patrimonio común” en CÁRDENAS CASTAÑEDA, F. A. - CADENA GARCÍA, F., cit (n. 27), p. 8.

beneficiar a todos, de modo que los recursos se repartieran, según las reivindicaciones de los países del Sur, así como también los avances tecnológicos de los países desarrollados. El desacuerdo de los países desarrollados condujo, en 1994, a un compromiso para un acuerdo en la parte XI UNCLOS<sup>32</sup> cuyo contenido ha sido substancialmente modificado y que, logrando conservar la calificación de los fondos marinos como “patrimonio común”, hubo no obstante, vaciado esta noción de su contenido<sup>33</sup>. De hecho, los cambios que afectan la parte XI han permitido a la economía de mercado tomar la delantera respecto la equidad en la distribución de los recursos de la Zona: La Autoridad ha sido mantenida, pero sus competencias han sido reducidas considerablemente, se ha preferido un voto consensual al mayoritario, la transferencia de tecnologías no es ya ni obligatoria, ni gratuita, se disminuyó el rol de la Empresa en beneficio de las empresas nacionales. Si bien el régimen de los fondos marinos permanece emblemático en cuanto a una inauguración de la noción de Patrimonio Común, su realización a través de las ya citadas modificaciones, es reducida y decepcionante. Por otra parte el concepto de “patrimonio común” no había sido más feliz en el “Acuerdo sobre la Luna” de 1979, con el fracaso del artículo XI (1)<sup>34</sup>

Ahora bien, la noción de “patrimonio común” de la Humanidad es importante con respecto a la doble noción de Justicia que ella implica.

La justicia intra-generacional, que da a los miembros actuales de la humanidad, herederos del Patrimonio Común, un cierto derecho de acceso a los recursos, así como también un deber de repartición equitativa de las riquezas. Sigue que, como lo subraya Akbar<sup>35</sup>, los países industrializados no están del todo dispuestos a financiar sistemas de explotación de recursos, cuyos beneficios habrán de compartir con los países en desarrollo<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Para más detalles sobre las modificaciones llevadas a las partes XI UNCLOS en cuanto a la noción de Patrimonio Común, véase: BRUNNÉE, J., cit (n. 6), pp. 562-563. En cuanto a las razones que han motivado tales concesiones, véase: DESOMBRE, E., cit (n. 6), p. 81.

<sup>33</sup> Baste señalar que el tratado UNCLOS no ha sido nunca ratificado por los USA. Las modificaciones hechas a la parte XI, a la petición principalmente de los USA, no bastaron para asegurarles la no afectación de sus intereses, frente a una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos que por un sistema de votos en bloque podría exigir el pago de impuestos sobre la explotación de ciertos recursos o instaurar un sistema de royalties o de repartición de los beneficios.

<sup>34</sup> Art. XI (1) del “Acuerdo sobre la luna” (véase supra nota 15): “*La luna y sus recursos constituyen el patrimonio común de la humanidad*”.

<sup>35</sup> AKBAR, Sabine, *La lune patrimoine commun de l'humanité ? Comment exploiter les ressources lunaires dans le respect du droit international*, en *Note de l'Ifr. Programme espace* (diciembre de 2006), p. 12.

<sup>36</sup> Aquí podemos subrayar una diferencia importante entre el concepto de *res com-*

La justicia inter-generacional<sup>37</sup> que atañe la protección del Medio Ambiente y la preservación de los recursos naturales para el futuro. El “patrimonio común” de la humanidad debería gestionarse en el interés de las generaciones actuales y futuras, según los principios 1 y 2 de la Conferencia de Stockholm<sup>38</sup> y el principio 3 de la “Declaración de Río”<sup>39</sup>. Numerosos autores<sup>40</sup> la asimilan así a un “trust” de Derecho público, gestionado por la comunidad internacional en un rol de “trustee” e insisten en la proyección del Derecho ambiental en el plano transgeneracional.<sup>41</sup> No obstante ello, este concepto acarrea importantes problemas jurídicos, concernientes al estatus de las generaciones futuras y más ampliamente de la humanidad como sujeto de derechos<sup>42</sup>. Esto no prohíbe que “the reference to future generations made in several international documents cannot but have some legal consequence”<sup>43</sup>. El Derecho internacional, debe, en efecto, dar respuestas jurídicas a la afirmación del “patrimonio común” de la Humanidad, junto

---

munis y el de patrimonio común de la humanidad, a saber: que este último “implique une gestion commune des biens désignés fondée sur l'équité”: KISS, Alexander - BEURIER, Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement* (Paris, A.Pedone, 2010), p. 168.

<sup>37</sup> Para una más amplia exposición sobre la justicia inter-generacional, véase: MCLEOD-KILMURRAY, Heather, *Lowering Barriers to Judicial Enforcement: Civil Procedure and Environmental Ethics*, en PADOCK, Lee - QUN, Du - MARKELL, David - KOTZE, Louis - MARKOWITZ, Kenneth - DURWOOD, Zaelke (editores), *Compliance and Enforcement in Environmental Law. Toward More Effective Implementation* (Cheltenham, Edward Elgar, 2011), p. 295.

<sup>38</sup> Principio 1 de la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente* en Stockholm, 1972: el hombre “tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”; Principio 2 de la misma Declaración: “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”.

<sup>39</sup> Principio 3 de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, 1992: “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”.

<sup>40</sup> Véase, entre otros: PANNATIER, S., cit (n. 3), p. 215; KISS, A. - BEURIER, J.-P., cit (n. 36), p. 170.

<sup>41</sup> Kiss, A. - Beurier, J.-P., cit (n. 36), pp. 46-47, subrayan la evolución de una focalización del derecho internacional del medio-ambiente, del tras-espacial (problemas transfronterizos) al tras-temporal (principios buscando la conservación de la biosfera).

<sup>42</sup> “Comment représenter ceux et celles qui n'existent pas encore?” Sobre este tema, véase: LA VIEILLE, Jean-Marc, *Droit international de l'environnement* (3<sup>e</sup> edición, Paris, Ellipses, 2010), pp. 152-153

<sup>43</sup> POSTGLIONE, A., cit (n.2), p. 22.

a sus consecuencias intergeneracionales, ya que quiérase o no, su existencia consta en numerosos instrumentos internacionales legislativos y jurisprudenciales.<sup>44</sup> ¿Podrá aquél recurrir a otras figuras jurídicas prestadas de otras ramas del derecho como la gestión de los negocios ajenos, el fideicomiso, la tutela o incluso el régimen de comunidad de bienes, etc.? Tantas soluciones que ofrecen un desarrollo y a través de las cuales se podría llegar a una real traducción de la noción de “patrimonio común” como “un héritage donné et un sens à construire”.<sup>45</sup>

En vista de las numerosas dificultades de aplicación del concepto de Patrimonio Común, nos surge la pregunta si acaso su gran debilidad ¿No se deberá a que en su concepción se involucra una visión demasiado antropocéntrica?<sup>46</sup> McLeod Kilmurray se interroga sobre la imposibilidad de reconciliar lo que él llama “un derecho commensurable en dinero” (patrimonial) y el Medio ambiente<sup>47</sup>. Además, conviene notar lo siguiente con Brunnée: “the common heritage [...] is motivated in large part by states desire for access to resources

<sup>44</sup> Citaremos como ejemplo un principio formulado por la CIJ en su opinión consultiva del 8 de agosto de 1996 sobre la licitud de la amenaza o de uso de armas nucleares (par. 2), principio afirmado de nuevo en el fallo Gabčíkovo del 25 de septiembre del 1997 (par. 53 y 112): “*El medio ambiente no es una abstracción sino que representa un espacio de vida, la calidad de vida y la verdadera salud de los seres humanos, incluyendo las generaciones futuras*”.

<sup>45</sup> LA VIEILLE , J.-M., cit (n. 42), p. 153.

<sup>46</sup> Según BIERMANN, Frank, “*Common concerns* of Humankind and National Sovereignty”, en *Globalism: People, Profits and Progress*, 30<sup>ème</sup> Congrès Annuel du Conseil Canadien de Droit International (Londres, Kluwer Law International, 2002), p. 162, la noción de “patrimonio común” desvía al Derecho medio ambiental de su objetivo : “The notion of a common heritage of humankind does not seem to be suitable to solve the specific problems of global environmental problems, since neither the atmosphere nor biological diversity constitute assets to be exploited for the sake of humankind, but objects to be protected from destruction by human activities”. Barrière defiende una opinión diferente, insistiendo sobre la fecundidad de la noción de patrimonio, liberada de una concepción civilista y concebida como un “*objet-lien destiné à une transmission intégénérationnelle*” viendo en ella “moins une relation de pouvoir ou d’appartenance qu’un rapport d’obligation de transmission” en una visión diacrónica de la noción de propiedad [BARRIÈRE Olivier, *Une gouvernance environnementale dans une perspective patrimoniale: approche d’une écologie foncière*, en EBERHARD, Christoph (editor y director), *Droit, gouvernance et développement durable* (París, Karthala, 2005], pp. 86 y 81). En fin, para un análisis detallado de la problemática del uso de la noción de patrimonio relacionado al derecho ambiental y a la creación de la humanidad como sujeto de derecho a la vez sincrónico y diacrónico, véase: GODARD, Georges, *Environnement, modes de coordination et systèmes de légitimité: Analyse de la catégorie de patrimoine naturel*, en *Revue Economique*, 41 (Marzo 1990) 2, pp. 231-232.

<sup>47</sup> MCLEOD-KILMURRAY, H., cit (n. 37), p. 292.

rather than by genuine community interest in their protection.”<sup>48</sup> ¿Habrá que llegar a afirmar como lo hace Akbar<sup>49</sup> que para la luna, la *res communis* sería una *res extra commercium* cuyos recursos no deberían ser objeto de expropiación, ni explotación? Tensiones permanentes parecieran oponerse entre estos dos principios claves del “patrimonio común”, a saber, la no apropiación (del territorio ¿Así como sus recursos?) y la libre explotación.

Al menos, nos parece que es necesario ampliar el espectro de un derecho basado en el binomio: individuo-Estado, que actúa bajo el impulso de sus propios intereses, hacia una ética de la comunidad capacitada para actuar en vista de un bien común universal. “The right to the environment is not only a right not to suffer restrictions of one’s individual right, but right-duty to positively intervene to protect assets that are essential for the community, in the spirit of social solidarity”<sup>50</sup>. Esta afirmación de Postglione nos conduce a repensar los Derechos Humanos, en Derechos de la Humanidad<sup>51</sup>, es decir en derechos y deberes del hombre<sup>52</sup> al servicio de un bien más alto y que trascienda, en la de horizontalidad espacial y en la verticalidad temporal, la mezquindad de un individualismo, que fuese individual o estatal, se encuentra en un punto muerto. De hecho, Papaux y Bourg<sup>53</sup> indican que el individuo participa de un todo, que es la biosfera, y no sólo de un conjunto.

---

<sup>48</sup> BRUNNÉE, J., cit (n. 6) p. 563.

<sup>49</sup> AKBAR, S., cit (n. 25), p. 10.

<sup>50</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p. 81.

<sup>51</sup> Aunque los derechos humanos, y especialmente el derecho a un medio ambiente sano, no serán estudiado en nuestro trabajo, y sin desacreditar ciertos efectos positivos que hayan podido lograr en términos de justicia ecológica, queremos subrayar, por una parte, su incapacidad para resolver los problemas que afectan el patrimonio común de la humanidad (espacios generalmente no habitados), y por otra, los riesgos colaterales de un sistema demasiado antropocéntrico. A propósito de la protección insuficiente del medio ambiente lograda por los Derechos Humanos, véase: AYER, A., *Protection*, cit (n. 25), 2003, pp. 224-225, BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit (n. 11), pp. 300-302; y la opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Kyratatos”: “Neither Article 8 or any of the other articles of the Convention are specially designed to provide general protection of the environment as such” (“Kyratatos c/ Grecia”, 2003, ECHR 242, par. 52).

<sup>52</sup> Añadimos otra conclusión pertinente de Postglione, A., cit (n. 2), p.109, sobre este mismo tema: “It would be useful to add a Charter of Human Duties, correlatively to the rights, in that way liberating the cultural view from an overly individualist concept : the restriction of human freedom is not only the individual liberty of others but also the common good (with reference to the whole international community)”. En cuanto a la proposición de establecer una Carta de los Deberes del Hombre, véase: BELAÏDI, Nadia, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement, vers un ordre public écologique* (Bruxelles, Bruylant, 2008), p.151, nota 319.

<sup>53</sup> BOURG - PAPAUX, en PAPAUX, A. (editor), *Biosphère*, cit (n. 26), p. 74.

De modo que en las interrelaciones con su “medio”, él ejerce una función que le es propia y que se entiende sólo con respecto a la finalidad de todo a lo cual está ordenado. La *res communis* es entonces un “commun constitutif et surplombant”<sup>54</sup> que va allende la parcialización del criterio de territorialidad y más allá de la yuxtaposición de individuos invocando a título personal derechos sobre bienes patrimoniales colectivos.

La humanidad, de regreso a su justo lugar, un lugar ciertamente más humilde que aquel que la frenesí tecnológica y el positivismo jurídico han podido hacer resplandecer ante ella, debe repensar colectivamente y no individualmente la biosfera, su preservación, su gestión, su valorización; problemáticas a las cuales ella participa y que la conciernen en su esencia. Conviene entonces ir más allá de los criterios de propiedad y de soberanía, para detenernos en la expresión anglosajona de “common concerns” que se focaliza en particular en una gestión en favor de la humanidad toda.

### 3. *Preocupaciones comunes de la humanidad: “common concerns”*.

Las primeras acciones o normas en favor de la *res communis* aparecieron considerando a ésta, como fuente de beneficios o intereses para la humanidad. En 1882, en el juicio *Pacific Fur Seal Arbitration*, el alegato de los Estados Unidos contra el Reino Unido contenía la frase «*for the benefit of mankind*», mas los árbitros no tomaron en cuenta este argumento. Luego en 1946, la *Convención internacional para la regulación de la pesca de la ballena*<sup>55</sup> resalta el interés que representa para las naciones la conservación de las ballenas. En 1967, el tratado del Espacio, arriba citado, menciona en su preámbulo los términos “el interés general de toda la humanidad” y del “bien de todos los pueblos”<sup>56</sup> pero no hace uso de estos conceptos sino que en vista de la exploración y utilización del espacio, no así de su protección. En 1979,

<sup>54</sup> Ibíd., p. 74; con referencia a la teoría aristotélica de la finalidad de las partes del cuerpo que constituyen un todo. Una misma opinión presenta MCLEOD-KILMURRAY, H., cit. (n. 37), p. 293 que defiende la necesidad de una “*holistic approach, emphasizing connectedness of the community and the public over the individual good, [which] is more attuned to the unitariness of the ecosystem, of which humans are just one particular*”

<sup>55</sup> “Preámbulo” de la *Convención Internacional para la reglamentación de la pesca de la ballena*, de 2 de diciembre de 1946: “*Reconociendo el interés de las naciones de todo el mundo en salvaguardar para las generaciones futuras los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera*”.

<sup>56</sup> “Preámbulo” del *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes*: “*Las partes contratantes [...] reconociendo el interés general de toda la humanidad en el proceso de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, estimando que la exploración y la utilización del espacio ultrate-*

la “Convención de Bonn”<sup>57</sup> afirma la necesidad de la conservación de la fauna silvestre como un “elemento irremplazable” y que debe ser conservado “en bien de la humanidad”. El calificativo “irremplazable” da la voz de alarma y augura un nuevo decenio marcado por una primera toma de conciencia del desastre ecológico, con el descubrimiento del agujero en la capa de ozono en medio de los años ochenta. En efecto, en 1988, en una conferencia sobre el clima en la Asamblea General de la ONU aparece la noción de “common concern of mankind”<sup>58</sup>, delatando un cambio de paradigma. En adelante no bastará más considerar los derechos de la humanidad sobre esta *res común* que constituye la biosfera, en cambio se esperará una preocupación esencial y colectiva por este medio del cual participan los hombres<sup>59</sup>. En 1992, la Cumbre de la Tierra de Río confirmará la llegada de los “common concerns”. El principio 7<sup>60</sup>, aun si no menciona directamente los “common concerns”, no deja de esbozar la preocupación que debe ser la de los Estados con respecto a la situación ecológica del mundo contemporáneo. Los preámbulos de la *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*<sup>61</sup> y de la *Convención sobre la diversidad biológica*<sup>62</sup> establecieron dos sujetos centrales

---

*rrestre se debe efectuar en bien de todos los pueblos, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico [...].*

<sup>57</sup> “Preámbulo” de la *Convención de Bonn sobre la Conservación de las Especies migratorias de animales silvestres* del 23 de Junio de 1979: “*Las partes contratantes reconocen que la fauna silvestre, en sus numerosas formas, constituye un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, que tiene que ser conservado para el bien de la humanidad*”.

<sup>58</sup> “Climate change is a common concern of mankind, since climate is an essential condition which sustains life on earth”: en *Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind*. Asamblea General de la ONU, Resolución Nº 42/53, de 6 de diciembre del 1988.

<sup>59</sup> BIERMANN, F., cit (n. 46), p. 163, ve en el avenimiento del concepto de *common concern* como una toma de conciencia que no se limita sólo a lo “necessary or desired but also essential for the survival of humankind”

<sup>60</sup> *Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, principio 7: “*Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra*”.

<sup>61</sup> “Preámbulo” de la *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*: “*Las Partes en la presente Convención, [...] reconociendo que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad [...]*”.

<sup>62</sup> La traducción oficial al español del “Preámbulo” de la *Convención sobre la diversidad biológica* reemplaza la palabra “preocupación” por “interés”: “*Las partes contratantes [...] Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad*”. Por lo tanto, hacemos referencia a la versión francesa: “*affirmant que la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à*

de los “common concerns”: los cambios climáticos y la conservación de la biodiversidad, a los cuales podríamos añadir la preservación de la capa de ozono. En efecto, el “Protocolo de Montreal”<sup>63</sup>, aun si no utiliza la noción de “common concerns”, noción que le es posterior, se acerca, en su contenido, a las convenciones anteriormente citadas. En fin, incluso si el calificativo de “common concerns” no es atribuido a nivel convencional más que en los dos o tres temas ya citados, otras preocupaciones medio ambientales globales, tales como la deforestación o la contaminación del subsuelo, nos parecen susceptibles de formar parte de estos “common concerns”.

En cuanto a la defensa del medio ambiente, la noción de “preocupaciones comunes” va aún más lejos que la de espacios o patrimonio comunes, en tanto que ella no está limitada al exterior de las fronteras nacionales<sup>64</sup>, sino que engloba las problemáticas que afectan los recursos ubicados indistintamente fuera o bajo la soberanía de algún Estado. Además, se trata no sólo de una repartición equitativa de los beneficios, dentro del marco de una justicia distributiva, sino de una repartición de las cargas implicadas por la constatación de una amenaza global a la biosfera que concierne a toda la comunidad internacional. De hecho, éstos temas, a que hacemos referencia, son más bien procesos de degradación a encauzar que bienes a proteger<sup>65</sup>. Así es como la conservación de la biodiversidad y no la biodiversidad, es la que se califica de “common concerns”. Se podría ver en esto, una desnaturalización de la noción de “patrimonio común”, que no resuelve el problema de la propiedad colectiva que repele a los países desarrollados. Sin embargo, ¿no serían los “common concerns” medios para sobrepasar los litigios internacionales ligados a la explotación, frenándolos, para interesarse en primer lugar a las

---

*l’humanité*”, así como a la inglesa que sostiene: “*Affirming that the conservation of biological diversity is a “common concern” of humankind*”.

<sup>63</sup> *Protocolo de Montreal, sobre las substancias que agotan la capa de ozono*, de 16 de septiembre del 1987. En cuanto a la similitud de su contenido con el de la *Convención sobre el cambio climático* y de la *Convención sobre la biodiversidad*, acerca del concepto de “common concern”, véase: BIERMANN, F., cit (n. 46), p. 164.

<sup>64</sup> Notemos sin embargo que algunos autores sostienen que ciertos recursos naturales “territorializados” podrían quedar afectos al patrimonio común de la humanidad que terminaría por sobrepasar, los límites de las soberanías nacionales. Véase: PANNATIER, S., cit (n. 3), pp. 221-222. En nuestra opinión, este patrimonio común por afectación sería cuestionable, porque estos recursos serían “apropiados” por un Estado y escaparían entonces a una de las principales características de patrimonio común que es la exclusión de toda apropiación. Cf. el fracaso de la introducción del Patrimonio Común para calificar la biodiversidad en la *Convención sobre la diversidad biológica* y en el *Tratado Internacional sobre los recursos filogenéticos para la alimentación y la agricultura* de 2001.

<sup>65</sup> BRUNNÉE, J., cit (n. 6), pp. 564-565.

problemáticas de preservación tratadas de manera global, tanto al interior como al exterior de los Estados? Aun así, a pesar de la toma de conciencia de la existencia de los “common concerns” en los últimos decenios más las potencialidades que este concepto proyecta, debemos reconocer que su alcance es por el momento restringido y que no se le ha accordado un estatus jurídico particular, lo que complica la representación de los intereses, que ciertos actores, a nombre de la humanidad, puedan invocar para la preservación de estos “common concerns”.

### III. ¿QUÉ DEFENSA POR LOS “GLOBAL CONCERNS”?

A continuación trataremos en general de la defensa de los “global concerns” de la humanidad<sup>66</sup>. Bajo esta noción incluiremos tanto los “concerns about the commons”: *res communis* y “patrimonio común”, como los “common concerns”: amenazas a realidades colectivas como la biodiversidad, la capa de ozono o el equilibrio climático de la biosfera. Quisiéramos, por tanto, sostener, en nuestro análisis, un concepto global que se focalice más en las perspectivas de protección de la biosfera que en la resolución de litigios concernientes la explotación de recursos.

#### 1. *La calidad para actuar.*

La defensa de los “global concerns” no puede entenderse en el marco tradicional de la calidad para actuar como aquella que tendría un tercero que fuese el principal perjudicado, o la de una “parte principal afectada” o si hubieran intereses particulares en el litigio<sup>67</sup>. En efecto quien dice “global concerns” dice preocupaciones comunes de la humanidad e interés colectivo. Postglione afirma que el reconocimiento de los “common concerns” crea “a

---

<sup>66</sup> “The global concerns of mankind as a whole” en GabCíkovo-Nagymaros Project (“Hungría c/Eslovaquia”), 1997 Juicio CIJ Rep. 7. Opinión disidente del vice presidente, el Juez Weeramantry. Cf. citación completa en el encabezado de este trabajo. Hemos preferido la expresión anglosajona “global concerns”, “aquellos que concierne o hasta preocupa globalmente a la humanidad”, a las expresiones españolas de *bienes comunes* o *bienes globales*, marcadas por el concepto de propiedad.

<sup>67</sup> A propósito de la evolución del concepto de interés legal particular al de interés común o colectivo, véanse: FITZMAURICE, Malgosia, *International Responsibility and Liability*, en BODANSKI, Daniel - BRUNNÉE, Jutta - HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), p. 1020; y BIRNIE - BOYLE - REDGWELL 2009, p. 212: “A perspective which accords rights only to “injured states” after the event will be inappropriate to the polycentric character of global environmental problems involving a range of actors and a multiplicity of complex interrelated issues”. Véase también CASTAÑEDA, Fabián Augusto - CADENA GARCÍA, Felipe, cit (n. 27) p. 11.

real public international policy which binds the single states of the International Community as such”<sup>68</sup>. Es, por tanto, en el marco de una comunidad internacional, donde, según Belaïdi<sup>69</sup>, se abraza la colectividad mundial en su conjunto, por sobre las relaciones interestatales, que se debe entender la calidad para actuar, que surge de las obligaciones llamadas *erga omnes*.

a) Las perspectivas de un efecto *erga omnes* conferido al derecho de los “global concerns”. Según Beyerlin y Marauhn, la mayor parte de las normas ambientales constituyen obligaciones *erga omnes*: “The acknowledgement that the international legal system includes a layer of norms which are “the concern of all states”, namely norms which constitute obligation *erga omnes*, in essence corresponds to what is typical of all norms of international environmental law whose fulfillment is in the interest of the state community”<sup>70</sup>.

Además, la CIJ ha reconocido en el juicio “Barcelona Traction”<sup>71</sup>, durante su análisis de la calidad para actuar de Bélgica, la existencia de ciertas obligaciones *erga omnes*<sup>72</sup>, afirmando en su opinión consultativa de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares, que “L’obligation en général qu’ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l’environnement dans d’autres Etats ou dans les zones relevant d’aucunes juridictions nationales fait maintenant partie du corps des règles du droit international de l’environnement”<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p. 26.

<sup>69</sup> BELAÏDI, N., cit (n. 52), pp. 406-407.

<sup>70</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, Th., cit (n. 25), p. 288. BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit (n. 11), pp. 235 no son tan afirmativos en cuantos al clasificar las normas ambientales entre las que se reconocen del *jus cogens*: “It is far from clear whether any environmental obligations have been recognized as nonderogable peremptory norms by the international community as a whole in accordance with Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties”.

<sup>71</sup> En cuanto a las implicaciones del *obiter dictum* de la CIJ en el marco de este caso, véase POSTGLIONE, Amedeo, cit (n. 2), p. 26.

<sup>72</sup> “Une distinction essentielle doit [...] être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l’importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à leur respect ; les obligations dont il s’agit sont des obligations *erga omnes*.” “Barcelona Traction Light and Power Company Limited”, fallo de la CIJ parrs. 34-35, de 5 de Febrero 1970.

<sup>73</sup> Opinión consultiva de la CIJ del 8 de Agosto de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares, para. 29. La sentencia arbitral del asunto “Trail Smelter” (“Estados Unidos c/Canada”) de 11 de Marzo del 1941 propone, en términos generales, la misma idea.

Se debería concluir entonces que la protección de los “global concerns” hace parte del cuerpo de normas parentorias<sup>74</sup>. No obstante, la CIJ añade, en “Barcelona Traction”, que el carácter *erga omnes*, a favor de los “global concerns”, es conferido “por los instrumentos internacionales de carácter universal o quasi-universal”. Esto sería el caso por ejemplo de ciertos acuerdos de Derecho internacional ambiental como el “Protocolo de Montreal”<sup>75</sup>. Sin embargo, los detractores de un efecto *erga omnes*, en favor de los “global concerns”, lo limitan a una estricta interpretación de la incorporación con una regla de derecho, como lo había anunciado la CIJ, en el juicio del “Sur-Oeste Africano” de 1966<sup>76</sup> y se apoyan en el carácter “blando”<sup>77</sup> de numerosas obligaciones concernientes los “global concerns” para negarse a ampliar el acceso a la calidad para actuar en el interés de toda la humanidad.

b) De un Derecho *erga omnes partes* a un Derecho *erga omnes*. En los hechos, la calidad para actuar no es, –o muy reducidamente– otorgada para la defensa de intereses comunes. Es más bien a nombre de la integridad de los tratados que los Estados han podido tomar la defensa de los “global concerns”. Notemos que “cet intérêt au respect de l'intégrité du régime conventionnel qui se fonde sur le fait que la survenance de violations affaiblit le régime conventionnel, porte atteinte à sa crédibilité et concerne à ce titre l'ensemble des Etats parties”<sup>78</sup> se aleja de una reivindicación a un

<sup>74</sup> Acerca de la aplicación de las normas *erga omnes* y del *jus cogens* a la protección de los “global concerns”, véase el desarrollo muy interesante de BIERMANN, F., cit (n. 46), pp. 192-195. Hay que subrayar también la importancia de un efecto *erga omnes* para las normas protegiendo a la *res communis*, dado que “without community standing there might be no “injured” state capable of holding states responsible for the violation of these obligations” BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWEIL, C., cit (n. 11), pp. 233.

<sup>75</sup> BIERMANN, Frank, cit (n. 46), p. 194, demuestra que el “Protocolo de Montreal” llena las condiciones del artículo 53 de la *Convención sobre el derecho de los tratados*, de Viena, para ser considerado como norma parentoria o *jus cogens*.

<sup>76</sup> “Les droits ou intérêts juridiques ne sauraient exister que s'ils ont été clairement définis par un texte, un instrument ou une règle de droit”. La CIJ rechaza “à admettre une sorte d'*actio popularis* ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public”. Hay que notar que la CIJ, en el asunto posterior de *Barcelona Traction*, modificará esta opinión que suscitó mucha oposición en 1966. Además, a partir del análisis de la jurisdicción y de las opiniones disidentes de los jueces de la CIJ, Christian Tams concluye que el concepto de *erga omnes* debería en adelante ser reconocido con una aceptación mucho más amplia. TAMS, Christian, *Enforcing erga omnes Obligations in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), pp. 192-196.

<sup>77</sup> En cuanto al carácter eficaz, mas no efectivo del Derecho internacional del Medio-ambiente, véase MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*, en *Les notes de l'Iddri*, 4 (Iddri, 2003), p. 23.

<sup>78</sup> VOEFFRAY, François, L’“*actio popularis*” ou la défense de l'intérêt collectif devant

derecho *erga omnes* universalmente oponible y no solamente a las partes de una convención determinada (*erga omnes partes*<sup>79</sup> o *erga omnes contractantes*<sup>80</sup>). Pareciera que el respeto de los tratados es, actualmente, el único motivo reconocido para intentar una acción internacional en justicia a favor de los “global concerns”. Sin embargo, el concepto *erga omnes* ha suscitado gran interés desde “Barcelona Traction” y su fama podría o debería dar pie a una concretización mayor de su aplicación en Derecho internacional del medio ambiente. La Comisión de Derecho internacional<sup>81</sup>, que trabaja desde hace medio siglo sobre el problema de la responsabilidad de los Estados, ha propuesto un desarrollo innovador con respecto a la responsabilidad invocada en virtud de las obligaciones ahora multilaterales. El artículo 48 de la versión 2001<sup>82</sup>, después de haber afirmado en su párrafo 1.a) el efecto *erga omnes partes*, abre la vía en un segundo paso, a un efecto *erga omnes* y a una calidad para actuar en defensa de un interés colectivo<sup>83</sup>: “1. *Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si: [...] b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto*”. Destaquemos además, que el artículo 19 del proyecto de 1980 de la misma CDI, calificaba de crimen internacional, al mismo nivel que la esclavitud y el genocida, “*una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares*”<sup>84</sup>.

Ciertamente, los trabajos de la CDI no son más que proyectos de codi-

---

*les jurisdictions internationales* (Paris, PUF, 2004), p. 53.

<sup>79</sup> Efecto *erga omnes partes*, que concierne el respeto de un tratado ante todos los Estados concernidos y no solamente ante la parte afectada, según el artículo 60, para. 2 c) de la *Convención sobre el derecho de los tratados* de 1969 de Viena.

<sup>80</sup> Acerca de las variaciones entre las obligaciones *erga omnes* o *erga omnes contractantes*, véase VOEFFRAY, François, cit (n. 78), p. 77.

<sup>81</sup> El menoscabo a los “global commons” había sido evocado en una sesión de la CDI, pero el tema no siguió siendo sujeto de análisis debido a su gran complejidad y a sus aspectos eminentemente problemáticos. Sobre esto véase: BARBOZA, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law* (Boston, Martinus Nijhoff, 2011), p. 87.

<sup>82</sup> CDI, Proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>83</sup> Sobre este tema, véase: BRUNNÉE, J., cit (n. 6), p. 1021. Véase también FITZMAURICE, M., cit (n. 67), p. 1011, acerca de los límites poco claros que pone la CDI entre *erga omnes* y *erga omnes partes*.

<sup>84</sup> Art 19 par. 3 d) del proyecto de artículos de la CDI de 1980. Para un comentario sobre los cambios efectuados a este artículo 19, véase BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 287.

ficación, con implicaciones más políticas que legales<sup>85</sup>. No obstante esto, se esboza un progresivo reconocimiento de las obligaciones *erga omnes*<sup>86</sup> que iría a la par según Tams, con la constitución de un “common core of norms essential for the protection of communal values and interests, which transcend the bilateralism and parochial State concerns dominating traditional international law”<sup>87</sup>. Es bajo esta perspectiva que mencionaremos la teoría del desdoblamiento funcional<sup>88</sup>, desarrollada por Georges Scelle, afirmando que todos los Estados deben proteger a la vez el “patrimonio común” de la humanidad y de la nación, siendo ellos mismos “depositarios de un medio ambiente que los sobrepasa”<sup>89</sup>.

Esta teoría abre el debate de los conflictos de interés. En efecto ¿en qué medida, los Estados, que, por el momento, son los únicos sujetos con calidad para actuar al nivel internacional, son capaces de sobreponer sus intereses particulares para acudir en defensa de la humanidad? o, como lo nota repetidamente François Voeffray<sup>90</sup>, ¿es necesario oponer éstos dos tipos de intereses? ¿No vendrá, incorporado en cada *actio popularis* iniciada por un Estado, un cierto interés propio concomitante con un interés colectivo que motiva a este Estado a actuar en defensa de un bien común? Tales *actio popularis* tendrían en todo caso un alcance notable. Pero, ¿qué pasa cuando los intereses del Estado no coincidan con aquellos de la humanidad, en cuanto la preservación global de la naturaleza?

Aun si se admitiese que la protección de la población y, por tanto, del medio ambiente es una misión del Estado, sería difícil aplicarla en el contexto de los “global concerns” que seguidamente escapan a los derechos subjetivos. Además, en el cumplimiento de su tarea, el Estado mismo debería garantizar el respeto de los derechos fundamentales, tales como el derecho a explotar, de

---

<sup>85</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 374.

<sup>86</sup> Por desgracia, esto es asociado a una tendencia a hacer del concepto de obligaciones *erga omnes* un “cajón de sastre”, que contribuye a desacreditarlo. Cf. FITZMAURICE, M., cit. (n. 67), p. 1020.

<sup>87</sup> TAMS, Christian, cit (n. 76), p. 3. En este punto, véase igualmente a Jutta Brunnée, quien se interroga sobre la aceptación de la concepción de comunidad en Derecho internacional “not just a community of necessity, but also of values and [...] comprised not merely of states but also of humans.” BRUNNÉE, J., cit (n. 6), p. 556.

<sup>88</sup> Para más detalles acerca de la teoría del desdoblamiento funcional, véase: PANNATIER, A., cit (n. 3), pp. 223-224, CARREAU, Dominique, *Droit international* (9<sup>a</sup> edición, Paris, Pedone, 2007), pp. 329-330; y BELAÏDI, N., cit (n. 52), p. 269.

<sup>89</sup> “[...] dépositaires d’un environnement qui les dépasse”: BELAÏDI, N., cit (n. 52), p. 269, citando a R.-J. Dupuy.

<sup>90</sup> Véase entre otros: “l’illusion d’une action en justice désintéressée” [VOEFFRAY, F., cit (n. 78), pp. 222-223] e “intérêt collectif et intérêt individuel” [VOEFFRAY, François, cit (n. 78) pp. 16-17].

otros sujetos, privados o estatales. Por lo tanto, con el fin de escapar de esta ambigüedad a la escala estatal, que en el estado actual, monopoliza las escasas posibilidades de interponer *actio popularis* en favor de los “global concerns”, nos preguntamos si ¿podríamos imaginar sistemas de delegación de la misión del Estado a las ONG por ejemplo? Yendo aún más lejos, so pena de desplazar al actual sistema westfaliano donde los Estados siguen siendo “the key players”<sup>91</sup>, y al mismo tiempo incapaces de cumplir su función. ¿Por qué no proponer una ruptura del monopolio estatal gracias a una *actio popularis* y una apertura activa y no solamente representativa de otros actores?

c) Retorno a las fuentes de la *actio popularis*: hacia un reconocimiento de los actores no estatales en su calidad para actuar en defensa de los “global concerns”. La *actio popularis* encuentra sus orígenes en el Derecho romano donde ella abrió la calidad para actuar a “n’importe qui au sein du peuple”<sup>92</sup>, cualquier ciudadano del *populus*, considerado como una entidad colectiva concreta. En nuestra época, más allá de los Estados, se bosqueja de nuevo otra realidad, que comparte las preocupaciones de un mismo medio, la apertura de la *actio popularis*, a los niveles organizacional, asociativo e individual, sería, en nuestra opinión, una perspectiva a explorar. Ahora bien, en vista de los innombrables problemas de aplicación que se generarían al extender la calidad para actuar<sup>93</sup>, no pretendemos que esta se trate de la única solución, pero al menos, que dé una solución a una problemática tan compleja como la defensa de los “global concerns”<sup>94</sup>. En efecto, la denunciación pública por parte de actores no estatales sería de mayor eficacia que aquella hecha por los Estados, limitada siempre a consideraciones económicas, políticas y diplomáticas<sup>95</sup>. Además, numerosas ONG tienen más capacidades que los Estados para revelar los ataques a los “global concerns” así como para argüir en su defensa. Numerosos autores<sup>96</sup> insisten en la necesidad de otorgar a los individuos y las ONG la capacidad para comparecer ante tribunales internacionales para los juicios de protección internacional del medio ambiente, ampliando así la calidad para

<sup>91</sup> BRUNNÉE, J., cit (n. 6), p. 556.

<sup>92</sup> Cf. VOEFFRAY, F., cit (n. 78), p. 12.

<sup>93</sup> “Est-il réaliste –ou simplement possible– de parler d’action populaire alors que le monde compte plus de six milliards d’habitants ?”: VOEFFRAY, F., cit (n. 78), pp. 382.

<sup>94</sup> En cuanto a la analogía con las *actio popularis* romanas en defensa del dominio público, véase: VOEFFRAY, F., cit (n. 78), p. 367.

<sup>95</sup> BIRNIE, P. - BOYLE, A.- REDGWELL, C., cit (n. 11), p. 254.

<sup>96</sup> Véase, entre otros : GRIMEAUD, David, *Le droit international et la participation*, en PÂQUES, Michel - FAURE, Michaël (editores), *La protection de l’environnement au coeur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité* (Liège, Bruylant, 2003), p. 166.

actuar y haciéndola corresponder a una sociedad internacional de creciente heterogeneidad<sup>97</sup>.

A este respecto, conviene mencionar la “Convención de Aarhus”<sup>98</sup> en tanto que ella representa, según Postglione, “a highly innovative phase of the international environmental law because it confers a legal role in environmental protection on a new party, other than the states, namely the individual”<sup>99</sup>. Esta convención introduce el principio de participación del público, en tres vertientes: información, participación a las decisiones y acceso a la justicia, que es el objeto del artículo 9<sup>100</sup>. Es verdad que la participación

---

<sup>97</sup> “Ces évolutions correspondent à l'hétérogénéité croissante de la société internationale, qui compte désormais, à côté des Etats et des organisations internationales traditionnelles, des organismes publics internationaux et même internes, des organisations non gouvernementales et des personnes privées, notamment les entreprises” : “Estas evoluciones corresponden a la heterogeneidad creciente de la sociedad internacional que cuenta en adelante, junto a los Estados y las organizaciones internacionales tradicionales, de organismos públicos internacionales e incluso internos, organizaciones no gubernamentales y personas privadas, como empresas” (traducción nuestra): MALJEAN-DUBOI, S., cit (n.77), p. 15. Véanse también: ROMANO, Cesare, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes: A Pragmatic Approach* (Tesis de doctorado, Universidad de Ginebra, 1999), p. 275; y CARREAU, D., cit (n. 88), pp. 42 ss.

<sup>98</sup> Véase también el artículo 16 de la *Convención Africana sobre la conservación de la Naturaleza y de los recursos naturales de Maputo* de 2003, que menciona un deber para las partes de “ensure timely and appropriate [...] access to justice in matters related to protection of environment and natural resources”. Mencionamos también el *Protocolo de la convención sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales*, el cual, para su mecanismo de *compliance*, retomó el modelo propuesto por la “Convención de Aarhus”, en cuanto al acceso del público. Estas convenciones son influenciadas de manera más general por los principios de Johannesburgo sobre la participación del público.

<sup>99</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p.36. Acerca de la importancia significativa de la “Convención de Aarhus”, véase BELAÏDI, N., cit (n. 52), p.156.

<sup>100</sup> Artículo 9.2. “2. Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, por que los miembros del público interesados: a) Que tengan un interés suficiente para actuar o, en caso contrario, b) Que invoquen un atentado contra un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, puedan presentar un recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que caiga dentro del ámbito de las disposiciones del artículo. 6 [...] Lo que constituya interés suficiente y menoscabo a un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo consistente en conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco de la presente Convención. A tal efecto, el interés que toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el párrafo 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido del apartado a) supra. Se

del público está restringida, en esta Convención, al marco nacional. Sin embargo, este principio aplicado al Derecho internacional Medioambiental debería tener como consecuencia lógica y legal, el reconocimiento del individuo “as social party” ante las jurisdicciones internacionales<sup>101</sup> y las partes a la “Convención de Aarhus” deberían en lo venidero buscar asumir los tres pilares de la participación del público al nivel internacional.<sup>102</sup>

La instauración de una *actio popularis* a favor de los “global concerns”, abierta a los actores no estatales, permitiría continuar el esfuerzo innovador de la “Convención de Aarhus” en un marco, tal vez, menos antropocéntrico. En efecto, mientras que el fundamento de Aarhus sería una “democracia ambiental”<sup>103</sup> según Kravchenko, esta es insuficiente para fundar la defensa de un medio ambiente cuyo carácter global escapa a una reivindicación individualista en nombre de los derechos humanos. La participación del público al nivel internacional no debería limitarse a la defensa de un derecho subjetivo, sino al contrario, abrirse a acciones en favor del dominio público y en vista de un bien común<sup>104</sup>. Puede ser también, que el motivo de tales acciones no sea totalmente desinteresado, según la inevitable concomitancia de los intereses individuales y colectivos. Sin embargo, esto no permite que la defensa de los “global concerns” deje de ser considerada bajo una perspectiva colectiva que es la suya y cuyos desafíos no se miden a la escala del individuo<sup>105</sup>, sino de la

---

*considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían menoscabarse en el sentido del apartado b) supra”.*

<sup>101</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p.39.

<sup>102</sup> BEYERLIN, U.- MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 239.

<sup>103</sup> “The very heart of the Aarhus Convention is environmental democracy [...] The Convention requires Parties to guarantee [...] the right of access to justice in order to protect the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate for health and well-being”: KRAVCHENKO, Svitlana, *Giving the Public a Voice in MEA Compliance Mechanism*, en PADOCK, Lee- QUN, Du - MARKELL, David - KOTZE, Louis - MARKOWITZ Kenneth - DURWOOD, Zaelke (editores), *Compliance and Enforcement in Environmental Law. Toward More Effective Implementation* (Cheltenham, Edward Elgar, 2011), p. 89.

<sup>104</sup> En cuanto al redescubrimiento de la noción de *Bien Común* y a su influencia dinámica sobre la evolución del derecho, véase MALJEAN-DUBOIS, S., cit (n. 77), p. 10, especialmente lo siguiente: “L’appréhension de la fragilité de l’écosystème planétaire, des menaces croissantes pesant sur lui, font “redécouvrir et pénétrer dans le langage international la vieille notion aristotélicienne et thomiste du *bien commun*. C’est à la poursuite de ce *bien commun* que se développe le droit international de l’environnement”.

<sup>105</sup> Sobre este tema, véase el capítulo: “Dépassement de l’individu par la personne dans la dignité humaine”, de BOURG - PAPAU, en PAPAU, A. (editor), *Biosphère*, cit (n. 26), pp. 78-80.

humanidad o aun más ampliamente de la biosfera, de la cual el hombre es sólo un elemento finito.

*d)* El rol de interpretación de los jueces para una mayor aceptación de la calidad para actuar. Es verdad que un reconocimiento de la *actio popularis*, más aun si se trata que sea abierta a la sociedad civil, parece difícilmente imaginable en un corto plazo, visto el estado actual del Derecho internacional.

El acceso a la defensa de los “global concerns” podría, empero, ser considerablemente facilitada por un cambio de paradigma en la etapa de la interpretación jurídica. En efecto, el juez internacional debería ser capaz de ir más allá del rol en el cual lo ha encajonado el positivismo. El debe ser capaz de sobrepasar la letra de los textos y las convenciones, aprovechando el margen de maniobra que él goza. Aunque, para saber sacar partido de las múltiples instancias de interpretación que le son ofrecidas (como los “open textures”, por ejemplo), el juez debería beneficiarse de una cultura jurídica capaz de abrazar la realidad, no sólo bajo sus aspectos políticos y económicos, sino también ecológicos, basándose en “a framework of environmental ethics and principles” según la expresión de McLeod-Kilmurray<sup>106</sup>. Conscientes que una respuesta global es la única efectiva para regir una crisis ecológica global<sup>107</sup>, esperaríamos de los jueces una cierta benevolencia para permitir un acceso a la justicia en los litigios que conciernen los “global concerns”, en vista de los innumerables obstáculos que retienen a los Estados para comprometerse hacia la protección de un valor colectivo, que sobreponga sus fronteras e intereses propios. En esto, el acto de juzgar pasará por una “intervention de l’équité vers le bas”, hacia lo concreto, que “réalise la fonction, classique elle aussi, de correction de la loi générale et abstraite en vue du prononcé d’un meilleur droit”<sup>108</sup>. Sería entonces, un juicio de prudencia que pasaría por una interpretación teleológica intentando obtener, más que el respeto de una norma, el efecto deseado aplicado a la situación particular de un litigio<sup>109</sup>. De

<sup>106</sup> “Because procedural rules contain considerable discretion, judges need a framework of environmental ethics and principles to guide their interpretation and application of procedural rules in the environmental context”: MCLEOD- KILMURRAY, H., cit (n. 37), p.289.

<sup>107</sup> BIERMANN, F., cit (n. 46), p. 204.

<sup>108</sup> PAPAUX, A., *Introduction*, cit (n. 22), p. 210.

<sup>109</sup> En esta materia, véase Eberhard en que hace él mismo referencia a Le Roy. EBERHARD, Christoph, *Refounder notre vivre ensemble à l'aube du troisième milénaire* en EBERHARD, Christoph (editor), *Droit, gouvernance et développement durable* (Paris, Karthala, 2005), p. 345: “C'est à partir des situations et des acteurs dans leurs contextes et dans leurs interactions autour d'enjeux identifiés qu'il s'agit de reconnaître les règles du jeu social et les modalités de leur légitimité dans des contextes et par rapport à des problématiques données, plutôt que de les aborder par le haut”, en partant du système

esta manera, el derecho cumpliría su función esencial de “dire le juste”, y el juez, su vocación social de “decir el derecho”, para alcanzar el objetivo de la *civitas* (hoy, la comunidad internacional), a saber el “bien vivre ensemble”, el buen vivir en conjunto<sup>110</sup>.

Son auspiciosas algunas iniciativas, como el Simposio Global de Jueces, de Johannesburgo del 2002, en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente<sup>111</sup>, puesto que ellas dan a los jueces la ocasión de ampliar su “background” interpretativo a través un “debate ético”<sup>112</sup>. Esto les da mayor preparación para sopesar los intereses, liberados un poco de “l’emprise marchande que subit notre planète”, de manera a “se mettre au service du vivant et à restituer les ordres de priorité.”<sup>113</sup>

## 2. *Las instancias abiertas a contiendas.*

a) La Corte Internacional de Justicia. La Corte Internacional de Justicia<sup>114</sup> es en la actualidad la más importante corte de justicia internacional en el mundo. Sin embargo, esta alta posición ha sido muchas veces cuestionada por la doctrina, a causa del extremo bilateralismo que ella conlleva. De hecho, su competencia para decidir un diferendo esta condicionada a la aceptación de su jurisdicción por los Estados concernientes. Es cierto, en todo caso, que un acuerdo específico, firmado por un Estado, puede conferir a la Corte, una competencia general o limitada a un marco específico o a ciertas condiciones o por un tiempo definido. Sin embargo, tales cláusulas compromisorias no son suficientes para la administración de una justicia internacional eficaz<sup>115</sup>. Por otra parte, el hecho, que los Estados sean los solos

---

juridique, ou d'une définition du Droit posée à priori.” (“Es a partir de situaciones y de actores en sus contextos y en sus interacciones en torno a apuestas identificadas que se trata de reconocer las reglas del juego social y las modalidades de su legitimidad en los contextos y con respecto a problemáticas dadas, más que a abordarlas “desde lo alto”, comenzando por un sistema jurídico, o de una definición de Derecho planteado a priori”: traducción nuestra).

<sup>110</sup> PAPAUX, A., *Introduction*, cit. (n. 22), p. 51 y el título del artículo de Christoph Eberhard.

<sup>111</sup> Sobre este tema, véase: POSTGLIONE, A., cit. (n. 2), p.159.

<sup>112</sup> “Litigation is also a process of balancing competing interests, and therefore involves ethical debates”: MCLEOD- KILMURRAY, H., cit (n. 37), p. 292.

<sup>113</sup> EBERHARD, Ch., cit (n. 109), p. 346.

<sup>114</sup> La CIJ funcionará de acuerdo a sus estatutos, según el Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>115</sup> Acerca de las dificultades de aceptación de un requerimiento unilateral de la Corte internacional y de “l’émasculation totale des clauses juridictionnelles”, véase: VOEFFRAY, F., cit (n. 78), pp. 97-98.

autorizados a requerir la Corte, implica una restricción notable de los litigios internacionales y ambientales que podrían resolverse.

Las acciones jurídicas concernientes a los “global concerns” ante la CIJ son escasos. Mencionaremos los dos asuntos de los Ensayos nucleares, así como el caso de la caza de la ballena en la Antártica.

Australia y Nueva Zelanda interpusieron, el 9 de mayo de 1973, una demanda contra Francia por sus ensayos nucleares atmosféricos<sup>116</sup>, que esta última realizaba en la Polinesia francesa. Puede ser que el clima de la guerra fría proveía argumentos políticos a la realización de tales ensayos, mas la misma Corte notará que “as the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation has recorded in its successive reports to the General Assembly, the testing of nuclear devices in the atmosphere has entailed the release into the atmosphere and the consequent dissipation, in varying degrees throughout the world, of measurable quantities of radioactive matter”.<sup>117</sup> Teniendo en cuenta el daño globalizado que generan las emisiones nucleares, Australia, en su demanda, fundó su calidad para actuar en el no-respeto de Francia de un deber *erga omnes*, “owed to the international community”<sup>118</sup>; en cuanto a Nueva Zelanda, ella argumentaba sobre la violación por parte de Francia del derecho de la comunidad internacional a permanecer libres de las repercusiones nucleares y de la contaminación de alta mar y de la atmósfera<sup>119</sup>. Se trataba entonces de un caso de petición de justicia, por parte de un país actuando, no en el marco de un asunto contencioso bilateral, sino a nombre de la comunidad internacional en defensa de espacios comunes, la alta mar y la atmósfera.

Sin embargo, el asunto fue interrumpido, sin que la CIJ diera lugar a las

---

<sup>116</sup> Para más detalles sobre los casos de los ensayos nucleares de 1973 y 1995, véase: ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit (n. 97), pp. 225-250.

<sup>117</sup> Fallo de la Corte International de Justicia, juicio de los “Ensayos nucleares” de 1973, par. 18.

<sup>118</sup> “The feature common to all the specific expressions and confirmations of the rule as indicated above [interdicción de los ensayos nucleares atmosféricos] is that they are couched in terms of an *erga omnes* obligations and not in terms of an obligation owed to particular States. The duty to refrain from atmospheric nuclear testing is stated in absolute terms, rather than in terms relative to the incidence of the effect of nuclear testing upon particular States. The duty is thus owed to the international community; it is a duty of every State towards every other State”> caso de los “Ensayos nucleares” 1, Alegato de Australia, par. 333 ss.

<sup>119</sup> “[...] the violation of the rights of all members of the international community to be free from nuclear fall-out and from contamination of the high seas and atmosphere”: caso de los “Ensayos nucleares” de 1973, “Nueva-Zelanda c/Francia”, Petición de medidas provisorias, Rep. 135-139. Véanse igualmente los comentarios de BRUNNÉE, J., cit. (n. 6), p. 557.

medidas provisorias solicitadas, luego de una declaración unilateral en que Francia anunciaría su decisión de poner fin a los ensayos nucleares atmosféricos. La Corte cerró entonces el litigio, lamentablemente sin dar repuestas a las pretensiones de Australia y Nueva Zelanda, perdiéndose al mismo tiempo una ocasión de expresarse con claridad acerca las obligaciones *erga omnes* que podrían proteger los “global concerns”<sup>120</sup>.

Unos veinte años después, en 1993, cuando el apaciguamiento de las tensiones norteamericanas-soviéticas parecían crear un ambiente internacional más sereno<sup>121</sup>, Francia (único país del OTAN que en ese momento no había firmado el tratado de Moscú) anunciaría que iba a realizar sus últimos ensayos nucleares submarinos cerca de los atolones de Mururoa y de Fangataufa, con el propósito de cerrar su programa de armamiento nuclear. La réplica de los países vecinos, los más concernidos, no se hizo esperar. Nueva Zelanda y Australia intentaron inmediatamente de llevar a Francia ante la CIJ. Sin embargo, Francia se negó a reconocer la competencia de la CIJ en este asunto, lo que llevó a los Estados demandantes a tratar de asociar este litigo al caso de 1973. Sin embargo, esto no bastó para que la Corte pudiera reconocer la continuidad entre los dos asuntos y así aceptar su competencia. Ocurría que Nueva Zelanda apoyaba su alegato de 1995 sobre desarrollos importantes del Derecho internacional del medioambiente, tal como el principio de precaución. Además, ella se presentaba en defensa, no sólo de su territorio nacional, sino de un lugar donde Nueva Zelanda tenía intereses. Por lo tanto, hubiese sido muy interesante e importante que la CIJ hubiese tomado posición sobre estos principios y sobre la necesidad de sobrepasar una concepción westfaliana en la protección del medio-ambiente. Es lamentable que, frente a la voluntad soberana de un Estado, ningún medio judicial<sup>122</sup> pudo oponerse a un riesgo, en nuestra opinión innecesario, de un daño grave a la naturaleza, aun si esta no se encuentra bajo la soberanía de algún Estado. De hecho, Francia, en repuesta a Nueva Zelanda, no dudó en calificar sus argumentos

---

<sup>120</sup> Notemos, sin embargo, que, en sus opiniones, ciertos jueces ponían en duda la calidad por actuar de las partes demandantes. Ahora bien, así como lo afirman Birnie, Boyle et Redgwell, los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la CDI “cast serious doubt on the reasoning of those judges in the 1974 Nuclear Case who questioned the applicants’ standing to bring claim.” BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit. (n. 11), p. 234.

<sup>121</sup> La necesidad de realizar ensayos nucleares en las circunstancias políticas de los años 90 fue de hecho abiertamente cuestionada y es cuestionable; véase: ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), p.240.

<sup>122</sup> Las presiones de los movimientos de opinión no obstante tuvieron ciertos efectos, ya que Francia realizará finalmente sólo 6 de los ocho ensayos nucleares submarinos inicialmente previstos.

de “*actio popularis* intentée en vue de protéger l’environnement marin”<sup>123</sup>. El fantasma de una *actio popularis*<sup>124</sup>, que ampliaría demasiado fácilmente la calidad para actuar, parecía ser un argumento más fuerte a los jueces de la CIJ que las graves amenazas que pesan sobre los “global concerns”.

Otra contienda, interpuesta recientemente por Australia contra Japón, materializará tal vez una ocasión para la CIJ de pronunciarse sobre las posibilidades de una acción *erga omnes partes* o incluso *erga omnes* y sobre la defensa de una tierra que se extiende más allá de la soberanía del demandante. El 31 de mayo de 2010, Australia acusó a Japón de una violación al *Convenio internacional para la reglamentación de la pesca de la ballena* por un programa de investigación científica, que desembocó igualmente en la venta de carne de cetáceos muertos en el mercado japonés. Los argumentos presentados por Australia, en la demanda introductiva de la instancia, se fundan principalmente en el no respeto de las obligaciones creadas por las convenciones, como la anteriormente citada acerca de la pesca de la ballena, la *Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres* y el *Convenio sobre la diversidad biológica*, especialmente su artículo 3<sup>125</sup>. Por el momento, Australia no ha hecho mención en este juicio de las obligaciones *erga omnes*, ni de la defensa de los intereses de toda la humanidad, temas que aún no han encontrado un eco favorable ante la CIJ. Sin embargo, ella insinuó la necesidad de juzgar sopesando los intereses: exponiendo por una parte la muerte de las ballenas de especies amenazadas con un riesgo grave para la diversidad biológica, y por otra el interés científico cuestionable cuyo objetivo podría ser alcanzado mediante programas no letales en plazos más largos<sup>126</sup>. Así entonces, bajo el argumento tradicional del no respeto de los

<sup>123</sup> Alegato del profesor Dupuy, en nombre de Francia, relatado por VOEFFRAY, F., cit (n. 78), p. 87.

<sup>124</sup> BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit. (n. 11), p. 233.

<sup>125</sup> *Convención sobre la diversidad biológica*, artículo 3: “Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

<sup>126</sup> “Acto introductorio” de Australia en el asunto de la Caza de las Ballenas en la Antártica, p. 17: “Eu égard à l’ampleur du programme JARPA II, à l’absence de tout intérêt démontré de celui-ci pour la conservation et la gestion des stocks de baleines et au risque qu’il fait courir aux espèces cibles et aux stocks cibles, ledit programme ne saurait être justifié [...]”; “Anexo” 1, p. 23: “Nous constatons avec préoccupation que la programme JARPA II compromettra toute possibilité de repeuplement de ces espèces ainsi que leur viabilité à long terme”; “Anexo” 1, p. 24: “Nous appelons une fois encore l’attention sur l’existence de techniques de recherche non letales permettant d’obtenir les données requises à des fins biologiques, démographiques et administratives, qui rendent inutiles les activités letales menées par le Japon”.

tratados, la demanda podría motivar un juicio donde la equidad fuese parte de la interpretación jurídica. Subrayemos también la ausencia de motivos económicos que pudieran motivar la presentación de la acción. Tales motivos, si existiesen, por lo menos no se mencionan en esta demanda, que se presenta motivada por la protección ecológica de los “global concerns”, siendo éstos la diversidad biológica y el Santuario del Océano Antártico. Indiquemos además, que treinta y un países han decidido apoyar la demanda, uniéndose a Australia, en el anexo 1, para afirmar la necesidad de “protéger toutes les espèces de baleines dans le monde entier”.

La CIJ ha sido, no obstante sensible, a la evolución de los litigios ecológicos, de modo que en 1993, ella creó una Cámara para Asuntos Medioambientales<sup>127</sup>, reglamentada por el artículo 26 (1) de sus estatutos. Sin embargo, esta cámara constituida por siete jueces, no ha fallado ningún litigio durante sus trece años de funcionamiento. Ésta se suprimió en el 2006.

Mencionemos igualmente ciertas soluciones que serían deseables a fin de permitir un acceso a la justicia de la CIJ a nivel no estatal, como la protección diplomática, un acceso más amplio a las opiniones consultivas y la modificación de el art 34 (1) del estatuto de la CIJ.

La protección diplomática es aquella que da un Estado a uno de sus ciudadanos, cuya causa adopta y “endosa” la reclamación<sup>128</sup>. Así un Estado puede presentar una demanda ante la CIJ a nombre de uno de sus nacionales. Sin embargo, el Estado tiene libre apreciación para elegir los pleitos que él acepta presentar a nivel internacional. De manera que múltiples motivos, económicos o políticos, así como el temor de crear un precedente que lo pueda afectar en el futuro, lo disuaden probablemente a otorgar la protección diplomática en una instancia donde se trate la defensa de los “global concerns”.

Las opiniones consultivas, otorgadas por la CIJ a las organizaciones internacionales que se los piden en el marco de la ONU, están previstos en los estatutos de la CIJ y en la *Carta de las Naciones Unidas*<sup>129</sup>. Por el momento, varias agencias de la ONU han tenido acceso a motivar estas opiniones, como la OMS, la FAO, la UNESCO etc. Asimismo sería oportuno que el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente tenga igualmente acceso a

---

<sup>127</sup> Para mayor información acerca de esta Cámara, véanse: BEYERLIN, U. - MARRAUN, T., cit. (n. 25), p. 380; BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit. (n. 11), p. 255; ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), pp. 106-10; y ROMANO, Cesare, *International Dispute Settlement*, en BODANSKI, Daniel - BRUNNÉE, Jutta - HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), p. 1054.

<sup>128</sup> Para más detalles sobre la protección diplomática, véase: CARREAU, D., cit (n. 88), pp. 418 ss.

<sup>129</sup> CIJ, *Estatuto*, artículo 65 (8); *Carta de las Naciones Unidas*, artículo 96.

estas opiniones<sup>130</sup>, visto que representan una autoridad cierta y reconocida, que constituye una presión política contra los eventuales atacantes de los “global concerns”. El acceso a tales opiniones consultivas podría igualmente abrirse a otras instituciones ambientales como la Secretaría o la Conferencia de las partes de ciertas convenciones de alcance medioambiental global<sup>131</sup>.

En fin, como lo propone Jean-Marc LaVieille, ¿no habrá, acaso que modificar el artículo 34.1 del Estatuto de la CIJ<sup>132</sup> para así abrir el acceso a las organizaciones internacionales, ONG, o incluso a las personas?<sup>133</sup>. Habría así muchos beneficios para la defensa de los “global concerns”.

A pesar de las dificultades que se presentan para requerir una corte internacional, provista de una concepción demasiado westfaliana para que una parte actúe en defensa de los espacios comunes o de los “common concerns”, a pesar del rechazo de la CIJ de tomar posición sobre los principios de prevención o de precaución, y a pesar de su estatuto dependiente de la ONU y de las presiones políticas, la CIJ, sigue siendo la más importante corte jurisdiccional, quedando llamada a cumplir con su labor internacional en favor de la biosfera. Su alta posición debería, en efecto, permitirle de tomar posiciones de vanguardia en una temática a la cual la humanidad está urgentemente confrontada a su medio natural.

En consecuencia, nosotros esperamos que la Corte juegue este rol, sobreponiéndose a las dificultades ligadas a su estrechez procedural<sup>134</sup>. A corto plazo, esto representaría, además, la economía de no crear una nueva

---

<sup>130</sup> La Asamblea General de la ONU debería reconocer explícitamente esta facultad al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, cf. BIERMANN, F., cit. (n. 46), p. 196.

<sup>131</sup> A este respecto, véase ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), pp. 276-277, quien ve en la extensión y la multiplicación de opiniones consultativas una de las mejores soluciones para remediar a la ineficacia de la CIJ en los conflictos ambientales.

<sup>132</sup> CIJ, *Estatuto*, artículo 34 (1): “Solos los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”.

<sup>133</sup> LAVIEILLE, Marc, cit. (n. 42), p. 126 : “Enfin ne faudrait-il pas modifier les Statuts de la CIJ dans le sens aussi de la compétence obligatoire pour tous les États afin de sortir de la situation actuelle qui est celle d'une acceptation de cette compétence par seulement un État sur trois dans le monde ?”. En cuanto a Carreau, él habla de una “survivance regrettable du passé” que es muy “tenace” [CARREAU, D., cit. (n. 88), p. 381]; ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), p. 276, sin embargo, sostiene la opción contraria, viendo en la ampliación del artículo 34 (1) del Estatuto de la CIJ un peligro para el funcionamiento del sistema.

<sup>134</sup> BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit. (n. 11), p. 251, afirman que la CIJ conlleva una concepción de la jurisdicción obsoleta con respecto a la sociedad actual: “The ICJ's narrow jurisdiction ratione personae reflects a conception of participation in the international legal system that is now seventy-five years old, increasingly anomalous, and out of step with contemporary international society”.

corte para el medio ambiente y permitiría gozar de un órgano jurisdiccional ya establecido y reconocido, capaz de ordenar medidas conservatorias en caso de urgencia, de forzar la ejecución por el Consejo de Seguridad de la ONU y de poder llamar a expertos y testigos para los litigios que requieran una ejercicio más especializado.<sup>135</sup> Resta saber si la CIJ tendrá “the power to guide and direct the behavior of the states in the future”<sup>136</sup>...

b) El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Este Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS) nació bajo la égida de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Esta última tiene un lugar especial entre los instrumentos medio ambientales, por la importancia que tienen, los espacios comunes, los “common concerns”, así como el esbozo de una cierta gestión común del patrimonio de la humanidad.

La ratificación de esta *Convención* implica el reconocimiento por las partes contratantes de una autoridad competente<sup>137</sup> para reglar un litigio futuro. Esta autoridad puede ser ITLOS, la CIJ, un tribunal arbitral según el anexo VII o un tribunal arbitral especial según el anexo VIII. Esto reduce los problemas de aceptación de la competencia por los litigios que conciernen el medio marino. Además ITLOS da la posibilidad a terceros de tomar parte en los pleitos en curso. Los terceros en cuestión son claramente Estados, aunque no sean partes de la Convención, pero podrían serlo igualmente, como dice Brunée, los actores no estatales, las organizaciones internacionales o no gubernamentales así como los individuos<sup>138</sup>. En efecto, la *Convención* reconoce una calidad para actuar a entidades distintas que los Estados<sup>139</sup>. Estas dos aperturas, una en dirección de un efecto *erga omnes* con la posible extensión de la calidad para actuar a terceros y otra hacia la inclusión del nivel no estatal, son prometedoras para la resolución de litigios que conciernen los “global concerns” ante la instancia ITLOS. A pesar de las numerosas dificultades a superar, se perfila un cierto reconocimiento de la defensa

---

<sup>135</sup> Cf. las ventajas de la CIJ para el reglamento de los litigios medio ambientales, según el juez Gilbert Guillaume, quien fue presidente de la CIJ, citado por POSTGLIONE, A., cit. (n. 2), pp. 164-166.

<sup>136</sup> BIERMANN, F., cit. (n. 46), p. 196, citando a Zaelke y Cameron.

<sup>137</sup> ITLOS, *Estatuto*, artículos 287-290 UNCLOS, parte XV.

<sup>138</sup> BRUNNÉE, J., cit. (n. 6) p. 571 “It would appear, then, that the ITLOS Status recognizes in at least a limited manner that the ‘community’ interested in the protection of the marine environment may also include private parties, NGOs, or international organizations”.

<sup>139</sup> ITLOS, *Estatuto*, artículo 20 (2) del “Anexo” VI: “Le Tribunal est ouvert à des entrées autres que les Etats Parties dans tous les cas expressément prévus à la partie XI ou pour tout différend soumis en vertu de tout autre accord conférant au Tribunal une compétence acceptée par toutes les parties au différend”.

de los intereses comunes de la humanidad en la perspectiva de una sociedad internacional abierta.

Destaquemos finalmente que, en el marco de ITLOS, fue rendida una sentencia de gran importancia a favor de la protección del medioambiente<sup>140</sup>. En el juicio del “atún de aleta azul” entre Australia y Japón en 1999<sup>141</sup>, el Tribunal del Mar, tomando en cuenta la urgencia de la situación, pronunció medidas provisionales eficaces. Sin embargo, los efectos de esta decisión fueron suprimidos por la revocación de estas medidas por el tribunal arbitral que un año después, estableció su competencia, negando la de ITLOS para dictar las medidas mencionadas.

c) Arbitraje. El arbitraje es una forma de instancia que se usa poco en la defensa de los “global concerns”, porque supone la existencia de una cláusula compromisoria entre las partes de un futuro litigio. Aun si ciertas convenciones, como acabamos de ver en el caso de la UNCLOS, incluyen al arbitraje como una alternativa en el reglamento de diferencias<sup>142</sup>, es difícil de imaginar que a este tipo de instancia se recurra masivamente, fuera de un marco convencional.

El arbitraje presenta no obstante la ventaja de ofrecer una justicia internacional tanto a nivel estatal como no estatal y de recurrir a una amplia paleta de derechos aplicables al caso concreto, al cual se añade el recurso a la equidad. La práctica de un juicio de prudencia, pasando por sopesar los intereses en juego, permite la creación de una dinámica jurídica necesaria con respecto a la urgencia y a la irreversibilidad de los problemas que afectan la biosfera. Por lo tanto, la instancia arbitral nos parece en particular propicia a un juzgamiento en vista del bien común, muy especialmente cuando el litigio concierne la *res communis*. Sin embargo, su acceso es por desgracia muy limitado.

Agreguemos que, en el 2001, la Corte Permanente de Arbitraje ha dado lugar reglas opcionales para la conciliación de litigios que conciernen los recursos naturales o el medio ambiente<sup>143</sup>. Aun si ellas no han sido usadas,

---

<sup>140</sup> Cf. BEYERLIN, U. - MARAUHN, Th., cit. (n. 25), p. 381.

<sup>141</sup> En el caso de 1999, la demanda australiana estaba motivada por ciertos intereses nacionales comerciales al margen de la defensa de la biodiversidad. En cambio, en el actual caso de la caza de la ballena citado más arriba y siendo las partes los mismos actores, nos parece que las motivaciones, al menos de *prima facie*, son menos comerciales y se descubre más evidente el carácter de una acción interpuesta a favor de “global concerns” de la humanidad, a saber, la preservación de la biodiversidad y el santuario antártico.

<sup>142</sup> A propósito de las cláusulas compromisorias de arbitraje en los MEA, véase: ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), pp. 89 ss.

<sup>143</sup> Acerca de las reglas facultativas de la PCA, relativas al reglamento de las diferencias concernientes al medio ambiente, véase: BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n.

mencionemos que éstas serían aplicables a los Estados, así como a los individuos y a las organizaciones internacionales o no gubernamentales que quisieran adoptarlas.

d) Proyectos de instancias ambientales. La creación de una nueva instancia ambiental supranacional o la transformación del actual Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente<sup>144</sup> pareciera ser, a primera vista, la solución más evidente para frenar los daños que sufre la biosfera. Este proyecto, sin embargo, no reúne todos los sufragios. Se la considera a veces como una solución apresurada, que serviría de pretexto a los políticos para evitar una restructuración más profunda que apunte a cambios de comportamiento con respecto al consumo y a la responsabilidad ambiental. Además, las dificultades ligadas al establecimiento de esta instancia más las dudas sobre su real utilidad dan lugar a muchas interrogantes. Así Sandrine Maljean Dubois se pregunta “La création de l’OME [...] ne risque-t-elle pas de casser les dynamiques créées dans le cadre des conventions environnementales, qui ont bénéficié de leur souplesse et reposent justement sur leur caractère décentralisé? Ne risquerait-elle pas de se superposer aux institutions existantes sans parvenir à les remplacer ni à les articuler? Ne peut-on craindre l’avènement d’une “superbureaucratie” internationale?”<sup>145</sup>

La OME (por sus siglas en francés) parece ser la institución cuya creación cuenta con más adeptos. En 2009, Francia se comprometió a su creación, y desde entonces otros países la han seguido. La OME debería estar dotada de una Corte que representase un contrapeso ecológico a la tendencia comercial del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC<sup>146</sup>. Ante esta instancia apta para conocer las especificidades del Derecho ambiental, no sólo los Estados,

---

25), p. 383; y POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p. 157. Las reglas de la PCA están disponibles en internet: <http://pca-cpa.org>.

<sup>144</sup> Para más detalles sobre el proyecto OME o la transformación del Programa de la ONU para el Medioambiente, véanse: DESOMBRE, E., cit. (n. 6), pp. 167-170; y ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit. (n. 97), pp. 109-111.

<sup>145</sup> MALJEAN-DUBOIS, S., cit (n. 77), p. 19: “La création de la OME [...] ;no arriesgará malograr las dinámicas creadas en el marco de las convenciones internacionales, que se han beneficiado de su flexibilidad y que se fundan justamente en su carácter descentralizado? ¿No arriesgará ella de superponerse a las instituciones existentes sin lograr a reemplazarlas ni aun articularlas? ¿No podemos sino temer la llegada de una “superburocracia” internacional?” (traducción nuestra).

<sup>146</sup> “Les raisons de créer une telle Cour sont au moins au nombre de trois : elle correspondrait à une logique institutionnelle internationale, l’environnement aurait, avec l’OME à venir, une Cour. Elle serait appelée à répondre à l’ampleur des règlements des différends à venir en ce domaine, et aussi à une certaine spécificité environnementale, même s’il est vrai qu’une affaire peut faire intervenir plusieurs disciplines juridiques. Enfin elle constituerait un contrepoids possible par rapport à l’ORD dans le domaine commercial”: LAVIEILLE, M., cit. (n. 42), p. 131.

sino un colegio mundial de procuradores del medioambiente, dispondrían de un derecho de acción. Además, la sociedad civil podría hacer llegar sus observaciones. Por lo tanto, las posibilidades de acción en defensa de los “global concerns” se multiplicarían.

El proyecto de un Tribunal Internacional del Medio Ambiente<sup>147</sup> había sido ya presentada, en 1988, por una iniciativa privada en Roma y cuenta, desde entonces, con el apoyo de una fundación por una Corte Internacional del Medio Ambiente (ICEF). En 1992, una resolución del Parlamento Europeo<sup>148</sup> sostuvo este proyecto. Una decisión a este respecto se espera en la Cumbre de la Tierra de Río + 20 de este año 2012.

Un Tribunal Internacional del Medio Ambiente, donde los jueces gocen de una total independencia con respecto a sus países de origen, y que funcione en paralelo con las cortes internacionales de derechos humanos, permitiría un acceso a la justicia para todos, según el espíritu de la “Convención de Aarhus”, y correspondería al carácter multilateral de las convenciones medio ambientales<sup>149</sup>. No obstante aquello, también es verdad que la competencia de muchas cortes en un mismo asunto podría causar problemas como el abuso del “forum-shopping” y un Tribunal Internacional del Medio Ambiente podría estar sujeto a una sobre especialización que afectaría su objetividad, desacreditando sus decisiones<sup>150</sup>.

Sin embargo, este proyecto se presenta como una solución a un sistema horizontal muy insuficiente. Así lo hace notar Postiglione: “The lack of effectiveness, therefore, has a structural and institutional character, since the parties signing the international obligations are those that decide if, when and how they must be observed, without any control by superior independent authorities”<sup>151</sup>. Tal vez haya que considerar un funcionamiento paralelo a un sistema supranacional, tal como un Tribunal Internacional del Medio Ambiente, y de los procesos de “compliance” de los que ya hablamos. Éstos últimos podrían jugar un rol de filtro negociador en una primera fase y daría lugar, en caso de fracaso, a la decisión jurídicamente vinculante de un tribunal *ad hoc*.

e) *Instancias quasi-judiciales*. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC podría llegar a tener que tratar temáticas ambientales. La ventaja de esta instancia reside en su carácter quasi-judicial, que cohíbe

---

<sup>147</sup> Para un panorama histórico más detallado del l'ICEF, véase: POSTGLIONE, A., cit. (n. 2), pp. 170-171.

<sup>148</sup> Ibíd., p. 199.

<sup>149</sup> Ibíd., pp. 177-180.

<sup>150</sup> Cf. BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 382; y BIRNIE, P. - BOYLE, A. - REDGWELL, C., cit. (n. 11), p. 255.

<sup>151</sup> POSTGLIONE, A., cit. (n. 2), p. 14.

menos a los Estados, adheridos a su soberanía, que los procedimientos judiciales clásicos<sup>152</sup>.

El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos, por lo que se rige la Solución de Diferencias, estipula la posibilidad para los individuos u organizaciones de funcionar como *amicus curiae*, a la petición de un grupo especial<sup>153</sup>. Además en el asunto camarones de 1998, el Órgano de Apelación ha confirmado la posibilidad para que los terceros puedan espontáneamente presentar informes al grupo especial<sup>154</sup>. Esto permitiría a las ONG, que defienden los “global concerns”, de presentar argumentos circunstanciados para influenciar en las decisiones del grupo especial, en la medida que éste último acepte tenerlos en cuenta.

De todos modos, el peso de los argumentos comerciales es en general muy importante en el seno de la OMC y la protección del medio ambiente es un argumento débil de cara a los principios del libre mercado.

Loa mecanismos de “compliance” presentan, así como la OMC, la ventaja de las instancias quasi-judiciales, en la frontera entre derecho y diplomacia. Ellos permiten asegurar la puesta en marcha de las convenciones medio ambientales, incitando a las partes al respeto de sus obligaciones, por medios cooperativos que se fundan en un “active treaty management”, más que en

---

<sup>152</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 384 “Those states that are still in the grip of traditional sovereignty thinking appear reluctant to get involved in judicial dispute-settlement proceedings which result in legally binding judicial decisions. This is why states may seek less intrusive forms of dispute settlement by international bodies other than courts or tribunals which are “quasi-judicial” or “semi-judicial” in character although they differ from each other as to the grade of authority which they can claim”.

<sup>153</sup> Acuerdo que instaura la OMC, “Anexo” 2, artículo 13: “1. *Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente [...] 2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión*” En cuanto al papel de las ONG como *amicus curiae* ante el Órgano de Solución de Diferencias, véase: ERBESSON, Jonas, *Public Participation*, en BODANSKI, D. - BRUNNÉE, J. - HEY, E. (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), p. 693.

<sup>154</sup> “Dans le présent contexte, il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de demander des renseignements à une interdiction d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements qui lui sont communiqués qu'il les ait ou non demandés”: Asunto WT/DS58/AB/R del 12 de octubre de 1998, Estados Unidos, “Prohibición de la importación de ciertos camarones y productos a base de camarones”, AB- 1998-4, Informe del Órgano de Apelación, punto 104.

las sanciones<sup>155</sup>. Estos mecanismos de control, provistos, en ciertos casos, de una base legal gracias a su integración en los tratados, pueden considerarse como una respuesta al carácter blando de las numerosas convenciones medio ambientales<sup>156</sup>. No obstante, su buen funcionamiento es comúnmente condicionado por la inexistencia de una autoridad jurídica independiente, capaz de tomar decisiones que liguen a las partes<sup>157</sup>. Además, las denuncias por no respeto de tratado son en general reservadas a los Estados partes o gestionadas por la Secretaría de las Convenciones. Las ONG no tienen acceso a estas denuncias salvo en algunos casos escasos como: el “Protocolo de Kioto” donde les ha sido dada la posibilidad de entregar información técnicas o de los hechos<sup>158</sup>; en la Convención CITES donde las ONG tienen derecho a informar, en la “Convención de Aarhus” y, en una menor medida, en la *Convención sobre la protección y la utilización de los cursos de agua transfronterizos* y en la “Convención Alpina”<sup>159</sup>. Los Estados son, en general, los primeros o incluso los únicos beneficiados con el sistema de *non-compliance* en circunstancias que los actores no estatales son en principio puestos al margen de las acciones llevadas a través de los mecanismos de control.<sup>160</sup>

De todos modos, las convenciones medio ambientales reconocen, en general, la importancia de las ONG como “guardian of the spirit and purpose of a treaty by monitoring both compliance and enforcement”<sup>161</sup> y su rol debería poco a poco aumentar.<sup>162</sup> No obstante como lo nota Kravchenko, “There is some movement toward change but it is slow.”<sup>163</sup>

No nos extenderemos en la amplia temática de la “compliance” y de su

---

<sup>155</sup> BEYERLIN, U. -, MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 318.

<sup>156</sup> POSTGLIONE, A., cit (n. 2), p. 13, menciona una tendencia al institucionalismo del “soft law”; y KLABBERS, Jan, *Compliance Procedure*, en BODANSKI, D. - BRUNNÉE, J. - HEY, E. (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), p. 1009, insisten sobre la necesidad de crear procesos de *compliance* que ofrezcan garantías de un sistema judicial: “The flexibility of a *non-compliance* procedure approach should, ideally, be surrounded by procedural guarantees and clear and lucid standards, which, in turn, would render the procedures indistinguishable from standard judicial procedures.”

<sup>157</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 324. Además en el seno de éstos órganos, hay comúnmente un cúmulo de las funciones entre juez y partes, lo que va contra el principio *nemo judex in re sua*, cf. CARREAU, D., cit. (n. 88), pp. 527-528.

<sup>158</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 328.

<sup>159</sup> Para más detalles, véase: KRAVCHENKO, S., cit. (n. 103), p. 86.

<sup>160</sup> BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 239: “It is the states parties themselves rather than other natural or legal persons, such as individuals or NGOs, which directly benefit from treaty compliance”.

<sup>161</sup> Sands citado por BEYERLIN, U. - MARAUHN, T., cit. (n. 25), p. 329.

<sup>162</sup> Ibíd., p. 340.

<sup>163</sup> KRAVCHENKO, S., cit. (n. 103), p. 88.

rol fundamental en la nueva concepción de los tratados que se usa en materia medio ambiental<sup>164</sup> y que constituye un tema que sobrepasa nuestro trabajo. Sólo mencionaremos que ciertas posibilidades se abren en el sistema de “compliance”, entre otros, la representación en las Conferencia de las Partes, de las asociaciones o de ONG en las delegaciones nacionales. El acento puesto en el proceso de negociación permite conferir, si no una calidad para actuar en términos estrictos, al menos un poder de acción a numerosas entidades que ordinariamente son apartados de los juicios tradicionales. La importancia de los grupos de presión en un Derecho internacional comúnmente más pragmático que de principios<sup>165</sup>, no es despreciable y representa ciertamente una potencialidad de acción para usar en defensa de los “global concerns”.

f) Instancias no-judiciales. Los Bancos Internacionales de Desarrollo abren ciertas posibilidades de acción para los actores no estatales. Así, en 1993<sup>166</sup>, el Banco Mundial decidió crear un panel de inspección que trata demandas que pueden ser interpuestas por personas naturales o asociaciones, con el fin de advertir al Banco de la violación de sus propias políticas o de financiamientos de los proyectos.<sup>167</sup> Modelos similares han sido propuestos por el Banco Interamericano de Desarrollo y su mecanismo de investigación, así como por el Banco Asiático de Desarrollo y su “accountability mechanism”. Éstas instancias presentan medios de acción no despreciables en razón de su alcance concreto y de su apertura a los niveles no estatales. Empero, la efectividad de este tipo de recursos dependerá a menudo del profesionalismo del panel, de su imparcialidad<sup>168</sup>, así como de su cultura ética y de su conciencia ecológica.

#### IV. CONCLUSIÓN

La *res communis*, patrimonio que no nos pertenece más que a las generaciones futuras, ha venido a ser un *global concern*, es decir, una materia que nos concierne en nuestra esencia, así como, y sobre todo, un tema que preocupa a la humanidad toda, en vista de una “tragedy of commons”.

---

<sup>164</sup> Klabbers ve en el fenómeno de “compliance” una solución que disimula el verdadero problema de fondo, que es la incapacidad del Derecho internacional para asegurar el respeto de las normas medioambientales. KLABBERS, Jan, cit (n. 156), p. 1002.

<sup>165</sup> Cf. BIRNIE, Patricia - BOYLE, Alan - REDGWELL, Catherine, cit. (n. 11), p. 213.

<sup>166</sup> Banco Mundial, Resolución N° 93-10, de 22 de septiembre de 1993.

<sup>167</sup> Sobre este tema, véase: ROMANO, C., *The Peaceful Settlement*, cit (n. 97), p. 111, nota 171; ROMANO, C., *International*, cit. (n. 127), p. 1054; BEYERLIN, U. - MARAUCH, T., cit. (n. 25), p. 385; y GRIMEAUD, D., cit. (n. 96), p. 161.

<sup>168</sup> Esto sigue siendo, como lo menciona EBBESSON, Jonas, cit. (n. 153), p. 695, un “in-house review system”..

Mientras que, bajo el impulso de las necesidades relativas que se acrecientan sin cesar, los espacios comunes son, día tras día, más requeridos, la biosfera recuerda al hombre su finitud y sus límites<sup>169</sup>. El juego de ping-pong que se ejerce, entre el desarrollo del comercio y la aumentación del consumo, vienen a caerse de brases contra una naturaleza mundial dañada, que no hace más que reposicionar al hombre en el lugar que le corresponde, en el seno de su medio natural, con el cual la humanidad teje múltiples relaciones que no son solamente jerárquicas. El hombre moderno, ávido de libertad y de riquezas, ha olvidado el papel que ocupa en el todo que él constituye con su medio ambiente, y que dentro de una perspectiva individualista, se ha reinventado una posición artificial, donde los derechos no van a la par con los deberes. Es por esto que la humanidad, a fin de evitar un destino de electrones libres en un planeta saqueado e inhabitable, debería reencontrar el núcleo del Bien Común, que la ordena para un buen vivir en conjunto en la biosfera.

En la gestión de este proceso, apresurada por el agotamiento de los recursos esenciales para la vida que llega a niveles preocupantes, el Derecho internacional del medioambiental tiene un rol fundamental e innovador. Frente a una problemática tan global, él debe ir más allá de las estructuras geopolíticas impermeables, para sobrepasar y llevar adelante los inicios de cambio al sistema westfaliano, que luego de la Segunda Guerra Mundial, han iniciado otras disciplinas jurídicas, como los derechos humanos y el Derecho de comercio internacional.

Ahora bien, con el fin de llegar a resultados prácticos, es del todo necesario, que podamos garantizar el respeto a las múltiples convenciones que han visto la luz en los últimos decenios.<sup>170</sup> Por esto es que la *actio popularis* y las obligaciones de efecto *erga omnes* se presentan como instrumentos que podrían mejorar la defensa de los “global concerns”. Aun si el derecho, en su estado actual, no ha resuelto, ni de lejos, los problemas relativos a su aplicación, es una vía que nos parece, de todas formas, prometedora para que se asuman las obligaciones sobre el horizonte de una ética internacional.

En cuanto a los procesos de “compliance”, aun si éstos ofrecen instancias fecundas en negociaciones, son por el momento incapaces de imponer el respeto de las obligaciones. Por lo tanto, deberían dotarse de una estructura jurídica más vinculante, beneficiándose, en el caso de un litigio que no llegase a una solución en el seno de un órgano convencional, del apoyo de una instancia jurídica (como la futura OME, por ejemplo).

En fin, una cultura jurídica, teñida de una mayor conciencia medio ambiental, permitiría a los jueces internacionales, interpretar las normas,

---

<sup>169</sup> BOURG - PAPAU, en PAPAU, A. (ed.), *Biosphère*, cit. (n. 26), p. 56.

<sup>170</sup> MCLEOD-KILMURRAY, H., cit. (n. 37), p. 289.

volviéndolas “commensurables”<sup>171</sup> según la urgencia de las situaciones que conciernen los “global concerns”, ampliando, en la aplicación al caso práctico, los aspectos teóricos que conciernen el acceso a la justicia. Así, el margen de maniobra dejado a los jueces, sería puesto al servicio del objetivo deseado por las leyes medio ambientales que ellos interpretan, a saber, la protección de una biosfera donde la vida siga siendo posible.

La “tragedia de los espacios comunes” y la emergencia de las preocupaciones comunes dan a repensar las relaciones hombre-naturaleza-Estado, en una armonía reordenada hacia un Creador olvidado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AKBAR, Sabine, *La lune patrimoine commun de l'humanité ? Comment exploiter les ressources lunaires dans le respect du droit international en Note de l'Ifri – programme espace* (Diciembre del 2006) disponible en internet en el sitio web [www.ifri.org](http://www.ifri.org).
- AYER, Ariane, *Droit international de l'environnement : responsabilité de l'Etat pour inactivité législative et droits des particuliers* (Ginebra, Hebling et Lichtenhahn, 2001).
- AYER, Ariane, *Protection de l'environnement et souveraineté : de la responsabilité internationale à la prévention* en BALMELLI, Tiziano, BORGHI, Alvaro, HILDBRAND, Pierre-Antoine (editores), *La souveraineté au XXIème siècle* (Friburgo, Edis, 2003), pp. 207-228.
- BARBOZA, Julio, *The Environment, Risk and Liability in International Law* (Boston, Martinius Nijhoff, 2011).
- BARRIÈRE Olivier, *Une gouvernance environnementale dans une perspective patrimoniale : approche d'une écologie foncière* en EBERHARD, Christoph (editor y director), *Droit, gouvernance et développement durable* (Paris, Karthala, 2005), pp. 78-98.
- BELAÏDI, Nadia, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement, vers un ordre public écologique* (Bruxela, Bruylant, 2008).
- BEYERLIN, Ulrich, y MARAUHN, Thilo, *International Environmental Law* (Oxford, Hart Publishing, 2011).
- BIERMANN, Frank, “common concerns” of Humankind and National Sovereignty en *Globalism: People, Profits and Progress, 30<sup>me</sup> congrès annuel du Conseil canadien de droit international* (Londres, Kluwer Law International, 2002), pp. 158-204.
- BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan ; REDGWELL, Catherine, *International Law & the Environment* (3ra edición, Oxford, University Press, 2008).
- BLANCO-BAZÁN, Agustín, *Law of the sea: Places of refuge* en *Globalism: People, Profit and Progress, 30<sup>me</sup> congrès annuel du Conseil canadien de droit international* (Londres, Kluwer Law International, 2002), pp. 65-69.
- BRUNNÉE, Jutta, *Common Areas, Common Heritage, and Common Concern* en BO-DANSKI, Daniel, BRUNNÉE, Jutta, HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), pp. 550-574.

<sup>171</sup> Bajo la óptica de una filosofía del “derecho en situación”, véase en general: PAUX, A., *Introduction*, cit (n. 22).

- CARDENAS CASTEÑEDA, Fabián Agusto y CÁDENA GARCÍA, Felipe, *Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico en Anuario colombiano de Derecho internacional* (Vol. 2) 2009, pp. 141-174.
- CARREAU, Dominique, *Droit international* (9<sup>a</sup> edición, Paris, Pedone, 2007).
- DENIS, Benjamin, *La gouvernance mondiale de la préservation de l'environnement : acteurs non étatiques et processus politique international lié au réchauffement de la planète* en EBERHARD, Christoph (editor), *Droit, gouvernance et développement durable* (Paris, Karthala, 2005), pp. 100-112.
- DE SOMBRE, Elizabeth, *Global Environmental Institutions* (Oxford, Craig Fowlie, 2006).
- EBERHARD, Christoph, *Refonder notre vivre ensemble à l'aube du troisième milénaire* en EBERHARD, Christoph (editor), *Droit, gouvernance et développement durable* (Paris, Karthala, 2005), pp. 78-98.
- ERBESSION, Jonas, *Public Participation* en BODANSKI, Daniel, BRUNNÉE, Jutta, HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), pp. 681-703.
- FITZMAURICE, Malgosia, *International Responsibility and Liability* en BODANSKI, Daniel, BRUNNÉE, Jutta, HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), pp. 1010 – 1035.
- GODARD, Georges, *Environnement, modes de coordination et systèmes de légitimité : Analyse de la catégorie de patrimoine naturel* en *Revue Economique*, (Vol. 41), N°2, Mayo 1990, pp. 215-241.
- GRIMEAUD, David, *Le droit international et la participation* en PÂQUES, Michel, FAURE, Michaël (editores), *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité* (Liège, Bruylant, 2003), pp. 141-167.
- KISS, Alexander, BEURIER, Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement* (Paris, A.Pedone, 2010).
- KLABBERS, Jan, *Compliance Procedure* en BODANSKI, Daniel, BRUNNÉE, Jutta, HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, (Oxford, University Press, 2007), pp. 995 – 1009.
- KRAVCHENKO, Svitlana, *Giving the Public a Voice in MEA Compliance Mechanism* en PADOCK, Lee, QUN, Du, MARKELL, David, KOTZE, Louis, MARKOWITZ, Kenneth, DURWOOD, Zaelke (editores), *Compliance and Enforcement in Environmental Law, Toward More Effective Implementation* (Cheltenham, Edward Elgar, 2011) pp. 83-110.
- LA VIEILLE, Jean-Marc, *Droit international de l'environnement* (3<sup>ra</sup> edición, Paris, Ellipses, 2010).
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement en les notes de l'Iddri n°4* (Iddri, 2003), disponible en el sitio web [http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/an\\_0303\\_maljeandubois\\_DIE.pdf](http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/an_0303_maljeandubois_DIE.pdf)
- MCLEOD-KILMURRAY, Heather, *Lowering Barriers to Judicial Enforcement : Civil Procedure and Environmental Ethics* en PADOCK, Lee, QUN, Du, MARKELL, David, KOTZE, Louis, MARKOWITZ, Kenneth, DURWOOD, Zaelke (editores), *Compliance and Enforcement in Environmental Law, Toward More Effective Implementation*, (Cheltenham, Edward Elgar, 2011), pp. 83-110
- OSTROM, Elinor, *Governing the commons, The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge, Cambridge University Press, 1990).

- PANNATIER, Serge, *L'Antarctique et la protection internationale de l'environnement* (Tesis de doctorado, Universidad de Neuchâtel, 1994).
- PAPAUX, Alain (editor), *Biosphère et droits fondamentaux* (Ginebra, Schulthess, 2011).
- PAPAUX, Alain, *Introduction à la philosophie du «droit en situation»* (Bruselas, Bruylant, 2006).
- POSTIGLIONE, Amedeo, *Global Environmental Governance, The need for an International Agency and an International Court of the Environment* (Bruselas, Bruylant, 2010).
- ROMANO, Cesare, *International Dispute Settlement* en BODANSKI, Daniel, BRUNNÉE, Jutta, HEY, Ellen (editores), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, University Press, 2007), pp. 1036-1056.
- ROMANO, Cesare, *The Peaceful Settlement of International Environmental Disputes : A Pragmatic Approach*, (Tesis de doctorado, Universidad de Ginebra, 1999).
- SANDS, Peter, *Principles of International Environmental Law* (2<sup>nda</sup> edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2003).
- VOEFFRAY, François, *L'«actio polularis» ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales* (Paris, Puf, 2004).
- TAMS, Christian, *Enforcing erga omnes Obligations in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).