

EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO “RESPONSABILIDADES COMUNES PERO DIFERENCIADAS” EN EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Juan Pablo Arístegui¹

Resumen

El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas (PRCD) es la piedra angular del régimen internacional del cambio climático. No se trata de un principio estático. Su aplicación y vigencia han ido evolucionando con el tiempo, al punto que durante la última Conferencia de las Partes en Durban (Sudáfrica, diciembre de 2011), este principio fue omitido de la decisión que creó la *Plataforma de Durban*. Esta Plataforma busca poner en marcha un nuevo proceso “para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal” donde todos los Estados de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático tendrían obligaciones de mitigación. Ante este nuevo escenario, pareciera que la viabilidad de un nuevo acuerdo pasa por el fin del principio o su profunda reconceptualización, a pesar de que los problemas de equidad que subyacen al principio –y que lo inspiran– permanecen en la actualidad.

1. Introducción

El principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas (PRCD) no es exclusivo del régimen internacional del cambio climático ni tampoco

¹ Profesor de Derecho Internacional del Medio Ambiente de la Universidad Diego Portales. Investigador asociado del Programa de Derecho y Política Ambiental de la UDP. juan.aristegui@mail.udp.cl
Como veremos, esta asimetría convencional –o ausencia de reciprocidad– no es exclusiva del régimen del cambio climático y ni siquiera del derecho internacional del medio ambiente, aunque es aquí donde ha logrado más rendimiento.

co tiene su origen en él, pero es sin duda su piedra angular. Este régimen, compuesto fundamentalmente por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992 y el Protocolo de Kyoto de 1997, es en sí mismo expresión material de este principio, por cuanto permite un trato diferenciado entre las partes y por consiguiente una asimetría convencional.

Aunque discutible, la razón que explica que algunos países tengan más obligaciones que otros es de justicia y equidad,² lo que a su vez justificaría la aplicación del PRCD. Como sabemos, los países industrializados se desarrollaron bajo un modelo de consumo y producción basado en la quema de combustibles fósiles y en prácticas industriales sumamente contaminantes, problema que desde la Revolución industrial ha ido en aumento exponencial y hoy es la causa principal no solo del calentamiento global sino también de otros problemas ambientales planetarios, como la pérdida de biodiversidad y la desertificación.

De ahí, entonces –entre otras consideraciones–, que los países desarrollados tengan más obligaciones que los que están en desarrollo. Este reconocimiento de una responsabilidad histórica no implicó ninguna forma de “indemnización” hacia los países más pobres, pero sí el compromiso jurídicamente vinculante de asumir en adelante obligaciones de mitigación y de cooperación internacional en la materia. Se entiende, entonces, que sin un tratamiento diferenciado los países en pleno desarrollo no hubieran prestado su consentimiento; lo contrario significaba hipotecar su desarrollo y sus ventajas comparativas.

La realidad bajo la cual se acordaron la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto ha cambiado sustantivamente desde la década de 1990. En la actualidad, economías emergentes como la de Brasil, Rusia, China e India,³ que no tienen obligaciones de mitigación,⁴ han crecido a tasas muy rápidas y poco sustentables, de manera similar a como lo hicieron en su oportunidad los países ricos, lo que ha supuesto que su participación en la totalidad de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) sea hoy igual o superior que las emisiones

2 Veremos que la justicia en el derecho internacional no es un objetivo sobre el que haya acuerdo, aunque se podría decir, siguiendo a Koskenniemi, que al menos el derecho internacional existe como una “promesa de justicia”. Koskenniemi, M., “What is International Law For?”, en Evans (ed.), Malcolm D., *International Law*, (Oxford University Press) 2003, p. 77.

3 En economía a este grupo de países se les ha agrupado bajo el acrónimo BRIC.

4 Si bien Rusia forma parte del grupo de países con obligaciones diferenciadas (países Anexo I), no tiene obligaciones propiamente tales de reducción de gases de efecto invernadero.

de naciones industrializadas, aunque en términos relativos sigan muy por debajo de países como Estados Unidos, Francia o Reino Unido.⁵

Estados Unidos –que por sí solo es responsable de más del 20% del total de las emisiones globales de GEI– no ratificó el Protocolo de Kyoto (al igual que Australia, en un comienzo) debido a que, bajo su concepción, la asimetría convencional en relación a gigantes como China e India no se justificaba y, sobre todo, porque obligarse a disminuir sus GEI pondría en peligro su hegemonía económica.⁶

En la actualidad, y de acuerdo con el derrotero de las Conferencias de las Partes (COPs)⁷ y la manera como el PRCD ha evolucionado a través de ellas, no está claro que las negociaciones sobre el cambio climático nos conduzcan a un resultado satisfactorio, y no precisamente porque el acuerdo alcanzado en la última COP (en Durban, Sudáfrica) contenga un compromiso de particulares características jurídicas,⁸ sino porque aún falta voluntad política⁹ y debido también a los límites del derecho internacional público al momento de enfrentar problemas globales como el cambio climático.¹⁰

5 Las emisiones per cápita promedio de GEI de EE. UU. son alrededor de 18,7 toneladas, mientras que las de China alcanza a 4,6 toneladas y las de la Unión Europea 7,8 toneladas. International Energy Agency, *World Energy Outlook*, Nov. 10, 2009, disponible en: <http://www.worldenergyoutlook.org/>.

6 En efecto, las obligaciones de reducción de GEI implican un encarecimiento de prácticamente todo el comercio internacional, porque internalizar las externalidades negativas de las actividades económicas (emisión de CO₂, por ejemplo) tiene un costo que al trasladarse a precio implica que puede perderse ventajas comparativas que sean aprovechadas por otros que no tengan la misma obligación.

7 De acuerdo con el Artículo 7(2) de la CMNUCC, “La Conferencia de las Partes, en su calidad de órgano supremo de la presente Convención, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia de las Partes y, conforme a su mandato, tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención”.

8 Como veremos con más detención, la decisión que lanza la *Plataforma de Durban* crea un grupo de trabajo que tiene como misión “...elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal”, formulación que ha despertado suspicacias por su porosidad, dado que “acuerdo con fuerza legal” no es una categoría clara y podría suponer solo una decisión de la COP, cuya naturaleza jurídica tampoco es algo pacífico. Véase Martínez Pérez, Enrique, “La Naturaleza Jurídica de las Decisiones Adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Kyoto” en *REEI*, N° 13, junio de 2007.

9 Sin duda, la voluntad política es imprescindible para el éxito del régimen; si bien hay signos positivos al respecto, los hay también negativos. Por ejemplo, Canadá, Rusia y Japón –tan pronto finalizó la COP en Durban–, anunciaron que no seguirán bajo un eventual segundo período de compromiso del Protocolo de Kyoto.

10 De acuerdo con *Foundation for International Environmental Law* (FIELD), el derecho internacional no sería el problema. FIELD view point, 17 November 2011: http://www.field.org.uk/files/field_durban_viewpoint_17_nov.pdf. Sin embargo, en materia de protección del medio ambiente, el derecho internacional tropieza con múltiples problemas dada la estructura jurídico-política de la comunidad internacional versus la unidad ecológica del planeta y sus problemas ambientales globales. En este escenario, el principio de la soberanía territorial es visto tanto como un obstáculo para la gobernanza ambiental global, como una de las últimas “armas” de los países pobres para exigir a cambio más justicia y equidad. Por lo tanto, si bien el éxito de un acuerdo fuerte en materia de cambio climático

Teniendo en cuenta el escenario actual, cabe preguntarse cuál es el rol que juega y probablemente jugará el PRCD en la continuación del régimen y cómo se abordarán los problemas de justicia y equidad que están detrás del mismo. Para averiguar esto, comenzaremos en lo que sigue con una visión general del régimen del cambio climático (II), luego revisaremos el análisis que sobre el PRCD se ha hecho desde el derecho internacional (III), para finalmente evaluar, de conformidad con las COPs más importantes sostenidas hasta la fecha, las posibilidades de éxito que tiene un nuevo acuerdo internacional con obligaciones de mitigación que involucre a todos los Estados, cualquiera sea la forma que dicho acuerdo asuma (IV). En la conclusión nos haremos cargo de si un acuerdo como el esperado para 2015 guarda sintonía con el principio de la equidad en el derecho internacional (V).

2. Visión general del régimen internacional del cambio climático: la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto

2.1. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático

En 1988, por primera vez la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) –mediante Resolución A/RES/43/53– llamó a que se atendiera de manera oportuna el problema del calentamiento global.¹¹ En 1990, un Comité de Negociación Intergubernamental inició las negociaciones de lo que llegaría a ser finalmente la CMNUCC. El texto de la Convención se adoptó en Nueva York y se abrió a la firma en la Cumbre de Río de 1992, donde además se firmaron otros importantes instrumentos internacionales como la Con-

pasa primero y ante todo por un compromiso que demuestre una fuerte voluntad política, el derecho internacional no es neutral a estos efectos y el actual ordenamiento jurídico internacional permite que EE. UU. haya casi tenido derecho a veto en cuanto a la vigencia del Protocolo de Kyoto, y que países emergentes fuertes como China e India aparezcan como los responsables de los retrocesos en el régimen si no asumen compromisos de mitigación. Sobre la política internacional medioambiental véase: Hurrell, A., y Kingsbury, B. (eds.), *The International Politics of the Environment*, (Oxford University Press) 1992.

11 En 1988 se creó además el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus iniciales en inglés), instancia científica establecida por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM). El IPCC ha publicado cuatro Informes de Evaluación, el último de ellos en 2007. En este último afirma que si se quiere evitar que el aumento global de temperatura alcance los dos grados centígrados –umbral que se considera peligroso–, los países desarrollados deberían recortar drásticamente sus emisiones de GEI para el año 2020. Estas reducciones podrían ubicarse entre 25% y 40% tomando como base los niveles de 1990. Además, en dicho informe se aclara que el calentamiento global es fundamentalmente el resultado de las actividades antropógenas, despejando las dudas que todavía persistían al respecto. El informe, así como los publicados en 1990, 1995 y 2001, puede consultarse en <http://www.ipcc.ch/>.

vención sobre la Diversidad Biológica.¹² La CMNUCC entró en vigencia el 21 de marzo de 1994 cuando se alcanzó el número necesario de ratificaciones.¹³

Este es un tratado marco, es decir, un acuerdo vinculante en que se definen objetivos y compromisos generales,¹⁴ los que fundamentalmente apuntan a la mitigación, la adaptación, la transferencia de tecnología y el financiamiento. Los objetivos específicos son abordados a través de decisiones adoptadas por las COPs, pero, si el acuerdo implica un compromiso jurídicamente obligatorio, será necesaria, por regla general, la celebración de protocolos como el de Kyoto.¹⁵

El objetivo último de la Convención es la “estabilización de la concentración de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático”.¹⁶ Dicho objetivo debe “lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.¹⁷

Junto a este objetivo general, la Convención reconoce e incorpora ciertos principios ubicados tanto en el preámbulo como en el cuerpo del tratado.¹⁸ Estos principios cumplen la función de orientar las acciones que adopten las partes para cumplir con el objetivo final; en otras palabras, para aplicar el tratado. Asimismo, cumplen un rol clave en la interpretación de la Convención. Los principios reconocidos en la CMNUCC –descritos en varios numerales– pueden agruparse en el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades, la equidad inter

12 Junto a estos tratados marcos, de la Cumbre de Río surgieron tres importantes instrumentos internacionales de derecho blando: la Declaración de Río, la Agenda 21 y la La Declaración Sin Fuerza Jurídica Vinculante sobre la Conservación de los Bosques de Todo Tipo.

13 En la actualidad, la CMNUCC tiene 195 partes (194 Estados y la UE). http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php (visitado el 22 de febrero de 2012).

14 No existe una definición de tratado marco en el derecho internacional y la gran mayoría de las legislaciones internas tampoco lo definen. Sin embargo, existe acuerdo en cuanto a sus características principales.

15 Artículo 17 de la CMNUCC.

16 Artículo 2 de la CMNUCC.

17 *Ibid.*

18 No es baladí que los principios estén presentes, además de en el Preámbulo –parte política del tratado que no es vinculante–, en el cuerpo del tratado, porque su fuerza obligatoria es mayor. De hecho, una de las razones de por qué Estados Unidos no es parte de la Convención sobre Diversidad Biológica, es precisamente porque los principios que orientan la misma están en el cuerpo del tratado. Véase, Chandler, Melinda, “The Biodiversity Convention: Selected Issues of Interest to the International Lawyer”, en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 4, 1993, pp. 141-175.

e intrageneracional, el principio precautorio y preventivo, el derecho al desarrollo sustentable y la cooperación internacional.¹⁹

Por su parte, los compromisos contenidos en la CMNUCC representan en sí mismos una expresión material de la aplicación del PRCD. El artículo 4 número 1 comienza reconociendo las *responsabilidades comunes* señalando que todas las Partes tienen un conjunto de obligaciones tomando en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y el carácter específico de sus prioridades nacionales y regionales de desarrollo, de sus objetivos y de sus circunstancias. Entre tales obligaciones pueden listarse las siguientes:

- Elaborar inventarios nacionales de emisiones y sumideros de GEI.
- Elaborar programas nacionales de mitigación y adaptación al cambio climático.
- Promover transferencia de tecnologías.
- Promover investigación.
- Promover intercambio de información.

El número 2 del artículo 4, en cambio, señala las *responsabilidades diferenciadas* y dice: “Las Partes que son países desarrollados y las demás Partes incluidas en el anexo I se comprometen específicamente a [...]”:

- Volver en el año 2000 al nivel de emisiones antropógenas de CO₂ y otros GEI que tenían al año 1990.
- Los países de la OCDE²⁰ tienen además la obligación de prestar ayuda financiera a los países en desarrollo para la implementación de la Convención.

19 Artículo 3 de la CMNUCC. Ver un profundo y resumido análisis jurídico de los principios en: International Law Association, Legal Principles Relating to Climate Change, ILA First Report, 2010. Disponible en www.ila-hq.org.

20 La OCDE es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que alberga a las economías más industrializadas del planeta y acapara casi el 80% del PIB mundial. México es miembro de esta Organización desde 1994 y, hasta la entrada de Chile en 2010 a este “exclusivo club”, fue el único país en vías de desarrollo. Es importante aquí destacar que no por el hecho de que Chile haya ingresado a la OCDE tendrá que asumir compromisos OCDE en AMUMAs. El PRCD, como se ha dicho, no es exclusivo del régimen del cambio climático y está presente en varios tratados internacionales, como, por ejemplo, el de Basilea. Pero no por nuestro ingreso a la OCDE Chile ha asumido, como por arte de magia, los compromisos pensados para las economías más avanzadas. Lo contrario implicaría la violación del principio del consentimiento que reina en el derecho de los tratados.

2.2. El Protocolo de Kyoto

Durante la COP/1 celebrada en Berlín en 1995 se adoptó el Proceso de Berlín, en el que se proponía reforzar los compromisos de las Partes del Anexo I a través de la adopción de un protocolo u otro instrumento jurídico. El mandato especificaba, además, que el proceso debía (*shall, en inglés*) estar guiado por el PRCD. Dicho proceso culminó durante la COP/3, celebrada en Tokyo en 1997, donde las partes de la Convención estuvieron contestes en cuanto a la necesidad de establecer objetivos más específicos y ambiciosos. Fue así como de dicha COP nació el Protocolo de Kyoto,²¹ que en la actualidad cierra el círculo de los instrumentos internacionales obligatorios que componen el régimen del cambio climático.²²

El Protocolo exige que ciertos países del Anexo I de la CMNUCC reduzcan sus emisiones totales de GEI²³ por lo menos un 5% por debajo de los niveles de emisiones de 1990, en el período de compromiso que va desde 2008 a 2012. Es decir, la línea de base se estableció en el año 1990 respecto de un conjunto de GEI, especificándose que las reducciones debían cumplirse en un determinado período de tiempo.²⁴

Para lograr cumplir con esta pesada obligación, se idearon mecanismos flexibles. Estos son instrumentos jurídicos basados en incentivos económicos: i) comercio internacional de derechos de emisión; ii) implementación conjunta (IC); y iii) mecanismo para el desarrollo limpio (MDL).²⁵ Mientras el primero de ellos opera en función de intercambios de derechos, los otros dos requieren de proyectos físicos destinados a reducir emisiones fuera del territorio nacional. Si bien la IC y el MDL son fundamentalmente iguales, los diferencia que aquel opera entre países Anexo I y este entre países Anexo I y países no Anexo I.²⁶ Si estos proyectos resultan exitosos,

21 En la actualidad 192 partes han ratificado el Protocolo de Kyoto. http://unfccc.int/essential_background/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/5524.php (visitado el 23 de febrero de 2012).

22 El conjunto de declaraciones, recomendaciones y decisiones adoptadas en las COP y/o Reuniones de las Partes (MOP, por sus iniciales en inglés), tienen su fuente normativa en la CMNUCC o en el Protocolo.

23 Son seis los GEI que componen la “canasta” de gases del Protocolo de Kyoto. Véase Anexo A del Protocolo.

24 Este primer período de compromiso termina el 31 de diciembre de 2012, lo que no significa que el Protocolo en sí mismo termine. Sobre esto volveremos más adelante.

25 Sobre estos mecanismos flexibles, véase Juste Ruiz, José, “Nuevas técnicas jurídicas frente al cambio climático: Los mecanismos de flexibilidad en el Protocolo de Kyoto”, en *Derecho y Cambio Climático*, 12, 2009, pp. 95-123.

26 Los países miembros de OCDE a la fecha de la Convención, junto a aquellos otros países en transición, son los que forman parte del Anexo I de la CMNUCC. El resto son los países en vías de desarrollo y se les conoce como países no Anexo I.

los resultados se traducen en unidades de emisión transables o bonos de carbono.

Los proyectos destinados a reducir GEI, ya sea mediante la reducción propiamente tal o mediante su captura en sumideros (*carbonsink*), *deben ser suplementarios y adicionales, dos conceptos no exentos de problemas por falta de precisión y de acuerdo en su definición. Por una parte, la suplementariedad apunta a que el cumplimiento de las obligaciones de reducción de GEI se realice principalmente en el territorio del país respectivo, permitiendo sin embargo cumplir, de forma subsidiaria, a través de proyectos de reducción de GEI llevados a cabo en otro país. El porcentaje de lo que se deba cumplir dentro o fuera del territorio nacional es el punto sobre el que no ha habido acuerdo entre las partes.*

La adicionalidad, por su parte, es una condición cuya definición depende en gran medida de lo que cada país decida entender por “adicional”. Para los proyectos MDL, por ejemplo, el artículo 12.5.c del Protocolo la refiere en los siguientes términos: “Reducciones de las emisiones *que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada*”.²⁷ Averiguar cuándo un proyecto es adicional no es un proceso sencillo cuya metodología ha sido definida por la Junta ejecutiva del MDL.²⁸

En cualquier caso, lo que inspira a estos mecanismos flexibles es la búsqueda del país donde sea más barato reducir GEI y, por lo tanto, donde sea más barato cumplir con los compromisos de Kyoto. En el caso del MDL, el objetivo es doble porque, al anterior, se suma el de ayudar a las partes no Anexo I a lograr un desarrollo sustentable. Si bien las obligaciones de reducción de GEI recaen sobre los Estados, el Protocolo concibió la participación del sector privado, que, por regla general, será el que desarrolle los proyectos de IC y de MDL.

Dado que el primer período de compromiso del Protocolo de Kyoto concluye en 2012, urge acordar un arreglo que permita que las obligaciones de mitigación adquiridas por la mayoría de los países Anexo I continúen, ya sea hasta que se alcance un post-Kyoto vinculante o un nuevo compromiso que no distinga, como hasta el presente, entre países Anexo I y países no Anexo I.

Ahora bien, como no todas las partes de la CMNUCC son partes del Protocolo de Kyoto (EE.UU. es el ejemplo paradigmático), las negociaciones en las

²⁷ Énfasis agregado.

²⁸ <http://cdm.unfccc.int/methodologies/PAMethodologies/tools/am-tool-01-v5.2.pdf>

COP /MOP²⁹—que se realizan simultáneamente— corren por carriles paralelos. Esta ha sido la tónica a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Kyoto en 2005, cuando ratificó Rusia y se cumplió con la exigencia del artículo 25 en cuanto a la necesidad de contar con al menos “55 ratificaciones de Partes en la Convención, entre las que se cuenten Partes del anexo I cuyas emisiones totales representen por lo menos el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del anexo I correspondiente a 1990”.³⁰

Ya en la primera MOP, en diciembre de 2005, realizada junto a la COP/11, comenzaron las discusiones acerca de cómo el régimen del cambio climático podría ser reestructurado con posterioridad al 2012. Se iniciaron desde esa fecha dos procesos paralelos: el grupo de trabajo ad hoc del Protocolo de Kyoto para el estudio de un futuro compromiso para los países desarrollados más allá de 2012 (AWG-KP, por sus iniciales en inglés), y el diálogo sobre la acción de cooperación de largo plazo (AWG-LCA, por sus iniciales en inglés), bajo la CMNUCC. Este diálogo condujo, en la COP 13 de 2007, al Plan de Acción de Bali. Este Plan inició un proceso para avanzar en el régimen de cambio climático que debía en teoría concluir con un nuevo acuerdo vinculante durante la COP/15 en 2009 en Copenhague. Sin embargo, tal conferencia concluyó con el controvertido Acuerdo de Copenhague, un acuerdo político de incierto estatus jurídico alcanzado entre un subconjunto de las Partes de la Convención Marco y del Protocolo de Kyoto, que ha sido criticado por su falta de legitimidad.³¹

Después del fracaso ocurrido en Copenhague —en particular porque hubo muchas expectativas sobre la firma de un post Kyoto; de hecho, se le denominó en su oportunidad por los daneses como *Hopenhague*—, se han llevado a cabo dos COP/MOP: la de Cancún en 2010 y la de Durban en 2011. Cancún fue un puente para que las cuestiones más importantes ocurrieran un año después en Sudáfrica. Ahora bien, los resultados de Durban pueden ser vistos

29 El Protocolo de Kyoto creó una institucionalidad espejo a la existente en la CMNUCC. Las reuniones de las partes del protocolo, entonces, se denominan MOP (*meeting of the parties*), reservando la expresión Conferencias de las Partes (*conference of the parties*, COPs) para las reuniones bajo la Convención.

30 Esta alta exigencia explica que EEUU se erigiera por un buen tiempo como un país con “derecho a veto”, dado que por sí solo representa casi un cuarto del total de las emisiones de GEI.

31 Se trató de un acuerdo a puertas cerradas entre las mayores economías emergentes y EE. UU. alcanzado, como casi siempre, in extremis. Se ha dicho, además, que las responsabilidades comunes implican una participación común en las cuestiones procesales. De ahí que el acuerdo alcanzado no esté contenido en una decisión, que sería la manera de demostrar unanimidad en el acuerdo.

desde la visión popular “del vaso medio lleno o del vaso medio vacío”³² dependiendo, naturalmente, del lugar desde donde se mire. Mientras los gobiernos son optimistas, la sociedad civil organizada es pesimista.

Las negociaciones celebradas hasta el momento bajo la Convención Marco y el Protocolo de Kyoto pueden ser entendidas como una serie de intentos por materializar y poner en operación el principio jurídico internacional de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Por lo mismo, la evolución que ha sufrido el principio debe primero buscarse en los resultados alcanzados en las negociaciones más importantes, cuestión sobre la que volveremos en la parte 4.

3. Análisis del principio jurídico de las responsabilidades comunes pero diferenciadas

3.1. Cuestión previa

El PRCD, como se dijo anteriormente, no es exclusivo del derecho internacional del medio ambiente y, por lo mismo, no deriva del régimen del cambio climático. De hecho, es posible identificarlo primeramente en el área del derecho internacional del comercio. El Acuerdo General relativo a Aranceles y el Comercio (GATT), tanto en su versión de 1947 como de 1995, permite algunas discriminaciones en favor de países menos adelantados, como ocurre con el Sistema Generalizado de Preferencias que permite el ingreso de ciertos productos con arancel cero a aquellos países que conceden dichas preferencias.

Tanto el caso anterior como lo que ocurrió en un comienzo con el Capítulo XI³³ de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, vigente desde 1994, son ejemplos, como apunta Matsui, de trato preferente hacia los países en vías de desarrollo que, de alguna manera, representan la demanda por un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI).³⁴ Sin embargo, a pesar del eco que encontró en su oportunidad la demanda por un NOEI, es preciso aclarar que en realidad no tuvo éxito y el

32 Boyle, Jessica, “Assessing the Outcome of COP 17. In Pursuit of a Binding Climate Agreement: Negotiators Expand the Mitigation Tent but Reinforce the Ambition Gap”, IISD Report, diciembre de 2011.

33 El Capítulo XI de la CNUMD de 1982, titulado “La Zona”, es el que regula el régimen de los fondos marinos y oceánicos.

34 Matsui, Yoshiro, “The Principle of Common but Differentiated Responsibilities”, en Schrijver, Nico y Weiss, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development. Principles, and Practice*, 2004, pp. 73-96.

orden económico internacional continúa estando al servicio de los Estados más poderosos del planeta. En efecto, las consideraciones que más apremian a los países en vías de desarrollo, como, por ejemplo, lo que ocurre en el comercio internacional de productos agrícolas en relación con el proteccionismo europeo en la materia, o la inexistencia de una obligación dura de cooperación y financiación del desarrollo por parte de los países ricos hacia los países pobres,³⁵ prueban que existe todavía un desequilibrio al momento de crear las normas internacionales que disciplinan estas cuestiones.³⁶

Donde más rendimiento ha tenido el reconocimiento de responsabilidades diferenciadas, ha sido no en el campo del derecho del comercio e inversión internacional, sino que dentro del derecho internacional del medio ambiente, permitiendo la inclusión de la mayor cantidad de partes en la construcción de regímenes internacionales medio ambientales.³⁷

3.2. Contenido, significado jurídico y estatus normativo del PRCD

La discusión acerca del contenido, significado jurídico, estatus normativo y aplicación del PRCD al interior del comité de la International Law Association (ILA)³⁸ –cuyo primer informe fue publicado en 2010–,³⁹ es un excelente resumen sobre los diferentes puntos de vista sobre la materia.

Algunos miembros del Comité ILA, como Jutta Brunnée, de Canadá, son de la visión que este principio es central para la interpretación, implementación y desarrollo futuro del régimen del cambio climático, y que por lo mismo es necesario determinar sobre cuáles aspectos del principio existe acuerdo, cuáles permanecen desafiados y qué puede estar cambiando respecto de su significado. En cambio, otros miembros, como Alan Boyle, de Reino Unido,

35 El conocido 0,7 % del PIB de los países industrializados destinado a la Asistencia Oficial al Desarrollo, es solo un compromiso político que muy pocos países han cumplido.

36 Fuentes, Ximena, “International Law-making in the Field of Sustainable Development: The Unequal Competition between Development and the Environment”, en Schrijver y Weiss, (eds.), op. cit., pp. 7-38.

37 Hay que tener presente, además, que en la mayoría de los AMUMAs está prohibido hacer reservas; por lo tanto, el reconocimiento de responsabilidades diferenciadas adquiere todavía un rol más estratégico.

38 La Asociación de Derecho Internacional fue fundada en Bruselas en 1873. Sus objetivos, en virtud de la Constitución, son “el estudio, la aclaración y desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y la promoción del entendimiento internacional y el respeto del derecho internacional”. http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm

39 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19.

es de la opinión que a partir de la conferencia en Copenhague se podría decir que el principio no es viable.⁴⁰

Es interesante notar que, en cualquier caso, lo que desafía Boyle no es necesariamente el contenido y justicia o legitimidad del principio, sino su viabilidad, es decir, la posibilidad real que dicho principio siga cumpliendo una función relevante en el régimen del cambio climático tras los acontecimientos de la reunión en Copenhague (si bien sobre este punto volveremos en el apartado siguiente, es necesario tener en cuenta lo que señala Brunnee acerca del principio).

Aunque el PRCD ha sido mencionado en múltiples instrumentos internacionales, se encuentra definido solo en la Declaración de Río y en el CMNUCC. El Principio 7 de la Declaración dice:

Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.

El artículo 3.1 de la Convención Marco, menos claro que el Principio 7, señala:

Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

Estas definiciones en sí mismas dicen bastante. En primer lugar, la protección del medio ambiente global es una responsabilidad común.⁴¹ En segundo

40 *Ibid.*, p. 10.

41 En el caso del cambio climático, esta "globalidad" es todavía más evidente que en otros problemas planetarios puesto que la atmósfera es una y no importa por lo tanto dónde se contamina (o donde se deja

lugar, se explicita la necesidad de tener en cuenta la contribución de los Estados desarrollados a la degradación ambiental –así como a las capacidades respectivas de las partes– para la determinación de los diferentes niveles de responsabilidad bajo el régimen.

Una cuestión importante de despejar aquí es que el término “responsabilidad” del PRCD no se refiere a la consecuencia que se deriva de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, sino más bien a un “deber”, una “obligación” o una “guía” para articular reglas específicas dentro de un régimen.⁴²

En cuanto a su contenido, hay al menos dos posturas en principio incompatibles. Una de ellas entiende que las responsabilidades diferenciadas se justifican en función del nivel de desarrollo económico de los países; la otra considera que el tratamiento diferenciado tiene base en la desigual contribución a la degradación ambiental global y no, por lo tanto, en el desarrollo económico.⁴³

En lo relativo a la naturaleza de las “obligaciones” que emanan del principio, algunos estiman que el contenido del principio es obligatorio, mientras que otros lo consideran discrecional. Ello ha conducido a la discusión acerca del estatus legal del principio. Parece claro que todavía el principio no ha alcanzado el grado de norma consuetudinaria en el derecho internacional,⁴⁴ es decir, no existe suficiente práctica estatal acompañada de la convicción de que la misma es un imperativo jurídico. Ahora bien, que el principio no

de contaminar), porque el calentamiento global se produce por la liberación de GEI sea donde sea que esto ocurra. Con el problema de la pérdida de biodiversidad, por ejemplo, si bien es un drama igualmente planetario, no ocurre exactamente igual que con el calentamiento global. En efecto, la pérdida de una especie endémica ecuatoriana, por poner un ejemplo, no afecta directamente a la biodiversidad de las especies en China; en cambio, los GEI de las termoeléctricas a carbón chinas, al favorecer el calentamiento global, repercuten directamente en todo el planeta (a veces de manera geográficamente desigual) aumentando, entre otras cosas, la pérdida de biodiversidad.

42 Por esto, dentro de otras consideraciones de peso, en la creación del régimen no se planteó compensar a los países en vías de desarrollo por la “responsabilidad histórica” de los países industrializados. Por otro lado, cabe mencionar aquí que el Estado isleño República de Palau ha propuesto a la AGNU que esta solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que se pronuncie acerca de las relaciones entre el cambio climático y los daños de actividades no prohibidas por el derecho internacional, y acerca del derecho del mar (<http://www.climatelaw.org/cases/country/intl/icj/palau>). En caso que esta iniciativa fructifique, la Corte de la Haya tendría que hacerse cargo inevitablemente del contenido, naturaleza y estatus jurídico del PRCD. En la misma línea, la *Foundation for International Environmental Law* celebró una mesa redonda de expertos jurídicos para el desarrollo de posibles cuestiones jurídicas que podrían ser presentadas a la CIJ para una opinión consultiva sobre los daños del cambio climático. <http://www.field.org.uk/news/advisory-opinion-climate-change-damage>.

43 Esta segunda posición es la adoptada institucionalmente por la ILA.

44 Birnie, Boyle y Redgwell, *International Law and the Environment*, (Oxford University Press) edición de 2009, p. 356 y ss.

haya adquirido rango de norma consuetudinaria no le resta normatividad, la que se desprende de diversos instrumentos internacionales como la propia CMNUCC, el Protocolo de Kyoto y la citada Declaración de Río, entre varios otros.⁴⁵

3.3. Aplicación del PRCD en el régimen del cambio climático

La aplicación del PRCD al régimen del cambio climático debe tener en cuenta, al menos, la manera en que se articula el principio en la CMNUCC; la práctica subsecuente de las partes al respecto; el Protocolo de Kyoto; y el Plan de Acción de Bali. Además, es necesario tener en mente la aplicación del principio fuera de la CMNUCC, así como la implementación de otros acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMAs) que comprendan al principio.⁴⁶

Todo lo anterior sugiere, según la ILA, que hay aspectos sobre los que existe meridiano acuerdo, otros que concitan un acuerdo relativo y una tercera categoría sobre la que existe escaso acuerdo. En ese orden: hay acuerdo en que el principio reconoce una responsabilidad común a todas las partes por tratarse de un problema de alcance global e interés común,⁴⁷ lo que se traduce en el deber de cooperar. Hay consenso también en cuanto a que la responsabilidad de los países desarrollados y de los que están en vías de desarrollo está sujeta a diferenciación.

Menos acuerdo existe sobre los criterios para la diferenciación. Así, por ejemplo, no hay claridad acerca de si el criterio de las emisiones históricas y per cápita es el apropiado. O si, por el contrario, sería más adecuado el criterio temporal, que intenta indagar cuándo los Estados sabían que estaban causando un daño y si eso es relevante para determinar actuales y futuras responsabilidades y obligaciones.⁴⁸

45 A los citados aquí y más arriba, suelen agregarse la Convención de Viena sobre el agotamiento de la capa de ozono, el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan el ozono, la Convención sobre Diversidad Biológica, la Convención para combatir la desertificación, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos, todos instrumentos con una participación virtualmente universal de la comunidad internacional.

46 ILA, *Legal Principles Relating to Climate Change*, op. cit., nota 19, p. 12.

47 El mismo argumento se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos

48 Se argumenta por algunos que nadie puede ser sancionado por causar un daño respecto del cual no había manera de saber que se estaba produciendo. Este argumento es sumamente débil, por cuanto nunca se ha afirmado que haya que infligir una sanción o una pena por parte de los países industrializados o, más exactamente, a aquellos que tuvieron más responsabilidad en el calentamiento global, sino que dichos países deben compensar, reparar y, por añadidura, tener más responsabilidades que los demás países en la lucha contra el cambio climático. En otras palabras, reparar y compensar no es lo mismo que sancionar.

Todavía menos acuerdo parece existir en relación a la necesidad y criterio de graduación de la diferenciación. Es claro que aquí afloran todas las oposiciones por cuanto graduar la diferenciación supondría, por ejemplo, que países como China e India podrían tener que asumir, bajo el PRCD, obligaciones de mitigación, mientras que las pequeñas islas del Pacífico, algunas expuestas a su total desaparición, no tendrían obligación alguna de reducción de GEI. En otras palabras, bajo este criterio, se asume que las diferencias *entre* países en desarrollo son relevantes para la aplicación del principio.⁴⁹

Aunque este último aspecto ha sido muy resistido por parte de las grandes economías emergentes, lo cierto es que los resultados de las últimas COP/MOP, en particular el Acuerdo de Copenhague y la Plataforma de Durban, son reflejo de esta apertura a un criterio de diferenciación que no solo opera entre países desarrollados y países en vías de serlo, sino también entre estos últimos, lo que implica acoger el criterio de contabilizar las emisiones absolutas sin consideración a la distribución per cápita por países, cuestión que deja dentro de los países con obligaciones de mitigación no solo a las economías emergentes sino a muchas otras economías.⁵⁰

3.4. Responsabilidades comunes pero diferenciadas y la equidad en el derecho internacional

De acuerdo con el texto de la CMNUCC, “las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, *sobre la base de la equidad* y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas”.⁵¹ No obstante la mención expresa a la noción de equidad, ella no está definida ni existe consenso acerca de su aplicación o su estatus legal, pero claramente cumple un rol normativo a la vez de ser complemento del PRDC.

La noción de equidad en el derecho internacional tiene diversas dimensiones y ha jugado un papel muy importante en la jurisprudencia internacional, ya sea considerándola como un elemento que está “dentro” del derecho (equidad *infra legem*), como elemento que permite al juez colmar lagunas (equidad *praeter legem*) o, finalmente, como un elemento para decidir en contra de lo que dice el derecho (equidad *contra legem*). Estas categorías, sin embargo,

49 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19, p. 13.

50 Hay que aclarar que, en todo caso, las disposiciones de los acuerdos alcanzados en las COPs son compromisos políticos, no jurídicamente vinculantes.

51 Artículo 3.1 de la CMNUCC. Énfasis añadido.

aunque relevantes para la resolución de controversias, no tienen por ahora mucho rendimiento en el régimen del cambio climático.

Una clasificación general de la equidad distingue la dimensión sustantiva de la dimensión procedimental. La dimensión procesal apunta a la exigencia de tomar en cuenta todos los aspectos relevantes de un determinado asunto con el fin de alcanzar un resultado equitativo. Esta dimensión ha encontrado un fértil desarrollo en la delimitación de espacios marinos, según demuestra una variada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.⁵² En dichos casos, la equidad ha jugado un importante rol para colmar lagunas o vacíos legales (equidad *praeterlegem*).

En el régimen del cambio climático, el aspecto procedimental de la equidad puede encontrarse en los principios de equidad intra e inter-generacional y la capacidad que tendrían estos para incidir en el proceso de formación de normas internacionales sobre el cambio climático –e incluso fuera del régimen–, y en la justificación de la adopción de ciertas medidas, más que en la resolución de controversias.⁵³

Por su parte, la dimensión sustantiva de la equidad –menos desarrollada que la procesal– tiene diferentes expresiones. En términos generales, hay dos significados de equidad aplicables al derecho internacional del medio ambiente: la utilización equitativa de los recursos naturales y la repartición equitativa de los costos en el manejo de los problemas ambientales, en particular cuando se refiere a tratar con los daños y riesgos ambientales.⁵⁴

Un ejemplo de lo primero se encuentra en la Convención sobre Diversidad Biológica, que exige la repartición justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.⁵⁵ Un ejemplo de lo segundo, es decir, de cómo se distribuyen los costos de la protección del medio ambiente, se da en el caso del cambio climático y del agotamiento de la capa de ozono. En estos regímenes, los países industrializados han reclamado la

52 Véase al respecto el caso de la Plataforma continental del mar del norte, CIJ, 1969

53 ILA, Legal Principles Relating to Climate Change, op. cit., nota 19, p. 16. En otro orden de ideas, la equidad intra e inter-generacional es el principio que reconoce que el cambio climático es un *problema inter-temporal*. Las acciones y omisiones del presente tendrán implicancias en las condiciones climáticas del futuro, al igual como las acciones llevadas a cabo en el pasado han tenido impacto en el clima actual. Es probable que la decisión de la COP que impidió la energía nuclear en el contexto de la IC y el MDL haya tenido presente el principio inter-generacional, dado que, mientras los beneficios de la energía se disfrutaban por las actuales generaciones, los desechos nucleares estarán de cargo de las futuras generaciones.

54 *Ibid.*, p. 15.

55 En 2011 se adoptó el Protocolo de Nagoya que precisamente regula esta problemática.

cooperación internacional de los países en vías de desarrollo porque son conscientes que el problema exige una participación global. Sin embargo, quienes aprovecharon las ventajas de un crecimiento que no tuvo en consideración el agotamiento de la capa de ozono y el aumento de la temperatura global no fueron los países en desarrollo y, por consiguiente, es evidente que ellos no deban soportar las cargas de resolver el problema.

Henry Shue sostiene que “cuando en el pasado una parte se ha aprovechado injustamente de una ventaja al imponer costos sobre los demás sin su consentimiento, los que han sido unilateralmente puestos en desventaja tienen derecho a exigir que en el futuro aquellas partes que se aprovecharon soporten sobre sus hombros mayores cargas que los demás al menos hasta el equivalente de la ventaja injusta previamente aprovechada, en orden de restablecer la igualdad”.⁵⁶

El objetivo de exigir entonces que los países ricos, causantes del cambio climático, soporten unas cargas, obligaciones o responsabilidades mayores, no es sino “restablecer la igualdad”. Aparte de ello, Shue sostiene que hay otras razones que justificarían un tratamiento diferenciado. Una de ellas apunta a quién está en mejores condiciones de pagar (en nuestro caso, por la mitigación). La respuesta que da Shue en este escenario es que, “entre un número de partes, de entre todos aquellos que están obligados a contribuir a un esfuerzo común, las partes que tiene más recursos normalmente deberían contribuir más a la empresa”.⁵⁷

Llevada la afirmación anterior al caso del cambio climático, la pregunta sería: ¿quiénes tienen más recursos para contribuir a solucionar –mitigar, en rigor– el problema del calentamiento global? Y la respuesta no es ni sencilla ni evidente porque “quién tiene más recursos” dependerá de las necesidades de cada país. Bajo este parámetro, quienes deberían aportar más probablemente no serían China, India o Brasil, que todavía tienen problemas más acuciantes que resolver, como la pobreza extrema de parte de su población.

Una tercera razón para el tratamiento diferenciado encuentra asidero bajo contextos denominados “desigualdades radicales”, cuya formulación teórica sería la siguiente: “cuando algunas personas tienen menos que suficiente para llevar una vida digna y otras tienen mucho más que suficiente, y los recursos totales disponibles son tan grandes que todo el mundo pudiera te-

56 Shue, Henry, “Global Environment and International Inequality”, en *International Affairs*, 1999, pp. 531-545. Traducción propia.

57 *Ibíd.*, p. 537. Traducción propia.

ner por lo menos lo suficiente sin que ello impida a algunas personas tener considerablemente más que otras, es injusto no garantizar a cada uno por lo menos un mínimo adecuado”.⁵⁸

Si trasladamos esta máxima al caso del cambio climático, podría concluirse que, en particular algunas islas del Pacífico, en extremo vulnerables a los efectos adversos del calentamiento global, tendrían el “derecho” a exigir que se les asegure lo “mínimo adecuado”, es decir, que se evite que el modo de vida de aquellos que tienen más y que incluso bajo circunstancias más justas podrían continuar teniendo más, suponga el hundimiento –literal en algunos casos– de los territorios insulares pequeños.

En resumen, mientras la primera justificación de un tratamiento diferenciado se hace cargo de desigualdades originales (históricas), la segunda tiene por objetivo impedir que las desigualdades actuales empeoren. El tercer caso, por su parte, busca evitar o corregir las desigualdades radicales, es decir, aquellas que no encuentran justificación alguna porque, incluso corrigiéndolas, no supondría que los que tradicionalmente han gozado de más riqueza dejen de gozar de ella.

4. Evolución del PRCD desde Marrakech a Durban

De acuerdo con Daniel Bodansky, desde que las negociaciones sobre cambio climático comenzaron en los inicios de la década de 1990, su régimen se ha desarrollado en tres etapas.⁵⁹ La primera consistió en el establecimiento de la CMNUCC, etapa que duró desde su firma en 1992 hasta 1994 cuando entró en vigor. La segunda etapa se enmarca entre la negociación y firma del Protocolo de Kyoto en 1995 y los Acuerdos de Marrakech de 2001. La fase actual –que la COP de Copenhague debió en teoría terminar– consiste en la etapa destinada a alcanzar un acuerdo que vaya más allá del Protocolo de Kyoto, cuyo primer período de compromiso termina a fines de 2012.

Es a partir del tercer período descrito por Bodansky cuando se comienza a reformular el PRCD. Esta etapa se inicia con los Acuerdos de Marrakech. A continuación se revisan cuatro de las negociaciones más relevantes sostenidas desde entonces para describir cómo ha ido mutando el origen, contenido y aplicación del principio.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 541. Traducción propia.

⁵⁹ Bodansky, Daniel, “The Copenhagen Climate Change Conference: A Postmortem”, en *AJIL*, 2011, pp. 230-240.

4.1. Los Acuerdos de Marrakech⁶⁰

Las más de 200 páginas del texto que contiene el conjunto de decisiones denominadas Acuerdos de Marrakech, componen lo que se conoce como el *Kyoto rule-book* (libro de reglas de Kyoto), por cuanto traslada el Acuerdo –político– de Bonn a un texto legal⁶¹ que, entre muchas cosas, pone en operación los mecanismos flexibles para el cumplimiento, como el MDL.

Desde el punto de vista que nos interesa, con los Acuerdos de Marrakech las diferencias en materia de cambio climático sufrieron un giro: se pasó de una confrontación entre los países europeos y Estados Unidos a una entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, dado que las negociaciones revelaron diferencias importantes entre ambos bloques.

Con anterioridad a Marrakech, es decir, durante la primera década del régimen, los procesos de negociación se enfocaron exclusivamente en las reducciones de emisiones por parte de los países desarrollados, apartando de la mesa las demandas norteamericanas de incluir a los países emergentes.⁶² A partir de 2001 el eje de la discusión cambió, acentuándose las diferencias de opinión ya no entre los países industrializados, sino entre estos y los países en vías de desarrollo, en particular entre EE. UU. y China. Este cambio, sin embargo, se mantuvo en una suerte de hibernación por la negativa norteamericana a ratificar el Protocolo de Kyoto, situación que terminó en 2007 en Bali cuando la confrontación entre países desarrollados y en vías de desarrollo pasó a ocupar un lugar central.⁶³

4.2. El Plan de Acción de Bali

En 2007 se celebró en Bali, Indonesia, la COP13/MOP3. Diversos eventos que precedieron a esta conferencia influyeron de algún modo en los resultados y, por lo mismo, en la apertura del PRCD.

En abril de 2007, el Reino Unido, en su calidad de presidente del Consejo de Seguridad de NU, convocó al primer debate sobre cambio climático sostenido por el órgano de NU encargado de velar por la paz y seguridad inter-

60 Sobre estos acuerdos, véase Rodrigo, Ángel, “Los Acuerdos de Marrakesh adoptados en la séptima reunión de la conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 1-2, 2001, pp. 331-342.

61 Solatu, Friedrich, *Fairness in International Climate Change Law and Policy*, (Cambridge University Press) 2009, p. 100.

62 Bodansky, op. cit., p. 232.

63 *Ibid.*

nacional. El Secretario General de NU, por su parte, llamó a una reunión de alto nivel en septiembre de 2007 sobre cambio climático donde se abordaron cuatro temas principales: mitigación, adaptación, tecnología y financiamiento. EE. UU., en la misma semana, reunió a 18 de las mayores economías del mundo, más la Unión Europea (UE) y la ONU, en torno al tema de la seguridad energética y el cambio climático. Ese mismo año, se lanzó el IV Informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus iniciales en inglés) que de alguna manera daba por concluida la discusión científica en torno a si el cambio climático era o no el resultado de la acción antropógena. Además, el premio Nobel de la paz de 2007 se compartió entre Albert Gore y el IPCC por su lucha contra el calentamiento global.⁶⁴

Con todos estos antecedentes, en Bali se lograron importantes progresos en diferentes temas, pero la cuestión fundamental que dominó la conferencia fue la expectativa de alcanzar un nuevo proceso de negociación sobre la cooperación de largo plazo más allá de 2012, cuestión que finalmente ocurrió. De esta manera, el proceso de *diálogo* creado en la COP11/MOP1 de 2005 se convirtió en un proceso de *negociación*.⁶⁵

La idea original fue hacer converger este nuevo proceso de negociación con el iniciado (también en 2005) bajo el Protocolo de Kyoto, buscando alcanzar para 2009 un nuevo acuerdo que comprendiera ambos procesos. Pero es preciso aclarar que, en el afán de alcanzar un nuevo proceso de negociación, no quedó claro si el mismo debía concluir en un acuerdo político o en un acuerdo jurídico vinculante. Los resultados de Copenhague dan cuenta de este “malentendido”, pues solo se alcanzó un lacónico acuerdo político negociado a puerta cerrada que no gozó, por la negativa de algunos países, del respaldo de una decisión de la COP, sino solo de un “tómese nota”, pese a que una porción importante de las partes, en particular la UE, deseaba alcanzar un acuerdo jurídico.

Junto al logro de lanzar un nuevo proceso de negociación paralelo al iniciado bajo el protocolo de Kyoto, el mandato de Bali retuvo, aunque de manera “suavizada”, la diferenciación entre países desarrollados y países en desarrollo. En efecto, la decisión 1/CP.13 contiene el siguiente mandato:

64 Solatu, op. cit., p. 113 y ss.

65 Cabe recordar que, en 2005, en Montreal, se iniciaron procesos paralelos al alero de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto: el grupo de trabajo ad hoc del Protocolo de Kyoto para el estudio de un futuro compromiso para los países desarrollados más allá de 2012 (AWG-KP, por sus iniciales en inglés), y el diálogo sobre la acción de cooperación de largo plazo (AWG-LCA), bajo la CMNUCC.

b) La intensificación de la labor nacional e internacional relativa a la mitigación del cambio climático, incluido, entre otras cosas, el examen de:

- Compromisos o medidas de mitigación mensurables, notificables y verificables adecuados a cada país, incluidos objetivos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones, por todas las Partes que son países desarrollados, asegurando la comparabilidad de las actividades entre sí y teniendo en cuenta las diferencias en las circunstancias nacionales;
- Medidas de mitigación adecuadas a cada país por las Partes que son países en desarrollo en el contexto del desarrollo sostenible, apoyadas y facilitadas por tecnologías, financiación y actividades de fomento de la capacidad, de manera mensurable, notificable y verificable;⁶⁶

Si atendemos a la formulación del mandato veremos que los negociadores lograron introducir bastante libertad de acción y flexibilidad. Primero, el *chapeau*, o párrafo introductorio (traducción o explicación) llama a aumentar las acciones (o labores) nacionales/internacionales, salvando así los intereses de países como Estados Unidos que prefieren la vía doméstica ante la internacional. Luego, el *chapeau* habla del “examen”, no de negociaciones, de los compromisos o medidas contemplados luego en el párrafo i) y ii). Además, no es inocua la conjunción “o” entre compromisos y medidas, así como tampoco la referencia a “objetivos cuantificados” en vez de “compromisos cuantificados” del borrador de la decisión.⁶⁷

El concepto de mensurables, notificables y verificables (MRV, por sus iniciales en inglés) es un aspecto muy significativo del Plan de Acción de Bali –que trascenderá, según veremos en el análisis de las siguientes COPs– por cuanto exige cuantificar la mitigación, ya sea para los compromisos de los países desarrollados o de los países en desarrollo. En cuanto a esto último, los países en desarrollo sufrieron de esta manera un cambio significativo al mudar desde compromisos cualitativos bajo el artículo 4(1) de la CMNUCC, a un potencial compromiso de cuantificar las medidas nacionales apropiadas de mitigación (*nationally appropriate mitigation action*, NAMAs).⁶⁸

66 Ver <http://unfccc.int/resource/docs/2007/cop13/spa/06a01s.pdf#page=3>

67 Solatu, op. cit., p. 116.

68 *Ibid.*

Ahora bien, no obstante los cambios, el Plan de Acción de Bali parece fiel al principio de equidad y al PRCD al estipular que los compromisos de transferencia de tecnología y de asistencia financiera desde los países desarrollados también deben ser mensurables, notificables y verificables.⁶⁹ Desde este punto de vista, el principio de equidad relativo al costo de la mitigación se mantiene íntegro a pesar de la apertura que experimenta el PRCD a partir de Marrakech. Hay que notar, por último, que en Bali se abandona el lenguaje de países Anexo I y países no Anexo I, lo que refleja la posibilidad de introducir diferencias entre estos últimos.

4.3. El Acuerdo de Copenhague

Si se cumplía con el Plan de Acción de Bali, en Copenhague se esperaba que se pusiera fin al tercer período (según Bodansky) del régimen del cambio climático, mediante el respectivo acuerdo vinculante que permitiera continuar con compromisos cuantificables luego que terminara el primer período de compromiso del Protocolo de Kyoto, finalizando por consiguiente los dos procesos paralelos de negociaciones a los que nos hemos referido. Sin embargo, Copenhague terminó con un acuerdo político de pocas páginas y que –por la negativa de Bolivia, Venezuela y Sudán– no pudo adoptarse la decisión respectiva, por lo que hubo que limitarse a un “tómese nota” del acuerdo, lo que le restó estatus normativo. Ello reveló los problemas que surgen cuando los procesos no guardan un respeto mínimo por los procesos deliberativos que garantice la máxima participación de todas las partes.

En vez de la adopción de un acuerdo, las partes establecieron un proceso a través del cual podían “asociarse” entre sí por medio de un documento que debía notificarse a la Secretaría de la CMNUCC. En este deben constar los objetivos de mitigación o, en el caso de los países en desarrollo, sus NAMAs, sin perjuicio que algunos, además o exclusivamente, presentaran directamente objetivos de mitigación.

No obstante el estatus normativo del acuerdo, en Copenhague se reformuló sutilmente el problema de la responsabilidad dentro del régimen del cambio climático, cuestión que es posible apreciar en los tres aspectos acordados en esta COP/15, que habían surgido en Bali: i) la diferenciación entre países en desarrollo; ii) la MRV de las acciones de mitigación de los países en

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 117.

desarrollo; y iii) la financiación de las acciones de mitigación y adaptación en los países en desarrollo.⁷⁰

La diferenciación entre países en desarrollo, como se adelantó, se aprecia fundamentalmente en la creación de las NAMAs. En efecto, el párrafo 5 del acuerdo estipula que, mientras “las Partes no incluidas en el anexo I de la Convención aplicarán medidas de mitigación”, “Los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo podrán adoptar medidas con carácter voluntario y sobre la base del apoyo que reciban”. De esta manera, se pone fin a la distinción binaria de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto, al distinguir en adelante entre tres categorías de países: países desarrollados con objetivos cuantificables, países en desarrollo que *adoptarán* algunas acciones, y países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, que *podrán* adoptar acciones sobre la base del apoyo que reciban.

En cuanto a las acciones de mitigación de los países en desarrollo, el problema fundamental es si las NAMAs deberían estar sujetas a un MRV nacional o internacional. Mientras los Estados ricos estaban interesados en una verificación independiente, los países en vías de desarrollo, esgrimiendo razones de soberanía, insistieron en la verificación doméstica de las NAMAs, la que se materializaría a través de las comunicaciones nacionales. Las NAMAs con MRV domésticas (lo contemplado en Bali) no supondrían en sí mismas un gran cambio en el PRCD, aunque de todos modos un paso a su reconceptualización. Pero un sistema de NAMAs con MRV internacional o independiente implica claramente una reformulación de la diferenciación, por cuanto los países desarrollados esperan que las economías emergentes se sometan a este tipo de verificación para alcanzar un acuerdo post-Kyoto.⁷¹

Al final, se alcanzó un acuerdo ecléctico en relación al MRV de las NAMAs que postergó el problema hacia el futuro: MRV internacional para NAMAs que sean financiadas internacionalmente, y MRV nacionales con “consulta y análisis internacional” para las NAMAs revisadas internamente. Como afirman Bushey y Jinnah, esta diferenciación entre NAMAs sujetas a verificación nacional e internacional es otro importante componente del nuevo carácter que adoptaría el PRCD en un régimen post 2012.⁷²

El financiamiento, por último, siempre ha sido uno de los problemas cen-

70 Bushey, Douglas y Jinnah, Sikina, “Evolving Responsibility? The Principle of Common but Differentiated Responsibility in the UNFCCC”, en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, Vol. 6, pp. 1-10.

71 *Ibíd.*, p. 6.

72 *Ibíd.*, p. 7.

trales del régimen del cambio climático, en relación a las responsabilidades que deban asumir las partes. Muchos países en desarrollo ven en los compromisos de financiación una fuente de construcción de confianzas que demostraría el liderazgo de los países desarrollados en adoptar la responsabilidad primaria en la acción contra el calentamiento global.

El acuerdo llama a la creación de un fondo por casi 30 billones de dólares americanos, así como al establecimiento de diversas instituciones para administrar dicha suma de dinero, incluyendo la creación del Fondo Verde de Copenhague para el Clima. Teniendo en mente que no existe un compromiso vinculante en relación a estos fondos, el fracaso de los donantes en la entrega de los mismos podría tener implicancias catastróficas para el futuro de la cooperación internacional sobre el cambio climático.

Nuevos compromisos con la financiación del proceso representarían la tercera vía por la cual el PRCD se habría reformado y recreado en Copenhague.⁷³

4.4. La Plataforma de Durban

En la COP/17 de 2001, celebrada en Durban: i) se decidió prorrogar el mandato del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención por un año; ii) se acordó, aunque sin mayor definición, un segundo período de compromiso del Protocolo de Kyoto; iii) se definió el modo de operar del Fondo Verde para el Clima; y, lo más trascendente, iv) se decidió iniciar un proceso para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión jurídica en el marco de la Convención, que sea aplicable a *todas* las Partes, por conducto de un órgano subsidiario de la Convención que se estableció en virtud de dicha decisión y que se denomina Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada (AWG-DP, por sus iniciales en inglés).⁷⁴ Se crea así, un tercer carril que se suma al iniciado en Bali y al establecido en Bonn bajo el Protocolo de Kyoto, conocido por su abreviatura en inglés como AWG-KP.

La expresión “para elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o un acuerdo con fuerza legal” permite diversas interpretaciones jurídicas. El AWG-DP completará su mandato si es capaz de producir uno de los tres posibles resultados: i) un protocolo jurídicamente vinculante (en virtud del artículo 17 de la Convención); ii) otro instrumento jurídico (lo más probable es

73 *Ibíd.*, p. 8.

74 Al conjunto de estos resultados se le conoce como el “Paquete de Durban” o Durban Package.

una enmienda de la Convención, en virtud del artículo 15, o un nuevo o anexo modificado de la Convención, en virtud del artículo 16); o iii) cualquier otro “acuerdo con fuerza legal”. Las tres opciones deben ser acordadas “en virtud de la Convención”.

Se afirma que, más allá de las ambigüedades contenidas en el acuerdo, se ha iniciado un proceso que permitirá alcanzar un instrumento vinculante que aseguraría la decisión de la UE de entrar a un segundo período de compromiso bajo el Protocolo de Kyoto.

Qué quiere decir “acuerdo con fuerza legal” es una cuestión poco clara que seguramente provocará acaloradas discusiones. Ello se origina en una propuesta de India, que se oponía férreamente a un nuevo compromiso vinculante. La fórmula final entrega espacio suficiente a los negociadores para alcanzar un resultado que no tome la forma de un instrumento legal expresamente contemplado en la Convención y, sin embargo, siga estando “bajo la Convención” o en virtud de ella, como podría ser una decisión de la COP, instrumento que se adopta por unanimidad.

Es probable que los países en vías de desarrollo que se resisten a compromisos vinculantes sean los que desarrollen más imaginativamente esta tercera opción. Mientras las dos primeras opciones exigen ser ratificadas y, por lo mismo, casi en la mayoría de los países será necesaria la aprobación previa de los Parlamentos, la tercera opción, al no suponer obligaciones jurídicas, no requiere pasar por los poderes legislativos de los Estados. Esto será, sin duda, un argumento a favor de esta opción.

Por otro lado, se debe tener presente la posibilidad de que, aunque el resultado de la Plataforma de Durban sea un instrumento jurídicamente vinculante, el contenido del mismo no necesariamente tiene que ser de compromisos “duros”. En otras palabras, en cuanto al contenido del compromiso, es posible que nos encontremos con un *softlaw* similar al contenido en la CMUNCC.

Ahora bien, mientras la decisión 2/CP.15 –que toma nota del Acuerdo de Copenhague– en su párrafo 1 menciona el respeto al PRCD, en la decisión 1/CP.17 adoptada en Durban, y en virtud de la cual se lanza la Plataforma de Durban, sorprendentemente el PRCD se omitió, lo que trae consigo una vuelta a la discusión acerca de las consideraciones de justicia y equidad propias del régimen, que serán, no obstante la omisión, insoslayables en las próximas reuniones.

Conclusiones

Si a alguien leigo en la materia le informaran que el PRCD es la piedra angular del régimen del cambio climático y leyera la decisión que lanza la Plataforma de Durban, pensaría que el principio ha desaparecido por arte de magia. Si bien esto no es efectivo, no se puede desconocer que dicho principio, tal y como fue concebido en la CMNUCC y en el Protocolo de Kyoto, así como en las COPs sostenidas por lo menos hasta 2001, ha mutado en su contenido y forma de operar.

Las consideraciones de equidad y justicia que inspiran al principio, por consiguiente, también han cambiado, fundamentalmente porque algunas economías emergentes hoy lideran las emisiones de GEI. Es probable que el arreglo al que se llegue tras el lanzamiento de la Plataforma de Durban en 2011 será el de un “mínimo común denominador”, como suele ocurrir en las relaciones internacionales. Pero dicho arreglo no parece suficiente de cara a los desafíos que impone el cambio climático. Mientras tanto, desaparecerán pequeñas islas (algunas soberanas), aumentarán los refugiados ambientales, y las consideraciones de seguridad y de derechos humanos se harán cada vez más ostensibles.

Esta realidad ha impuesto sobre las economías emergentes la presión suficiente para que se “suban al carro” de la mitigación. El proceso recorrido por la humanidad desde la CMNUCC hasta nuestros días no ha sido precisamente fiel a las exigencias de la justicia y la equidad, lo que revela que si bien el PRCD es un principio jurídico, los imperativos de justicia no son un objetivo en el derecho internacional actual; a lo más, el derecho internacional existiría, según postuló Koskenniemi, como una *promesa* de justicia.

Mencionamos que, de acuerdo a Shue, la razón fundamental de un trato diferenciado en el cambio climático tiene por objetivo “restablecer la igualdad”. Sin embargo, es de mi parecer que restablecer la igualdad no es lo mismo que remediar la inequidad. Esto último podría suponer que, una vez alcanzados por parte de los países pobres grados de desarrollo similares a los de los países industrializados, bajo un modelo poco sustentable igual al usado por estos, aquellos que alcanzan el desarrollo deberían subirse al carro de la mitigación. Sin embargo, esta justificación para exigir compromisos vinculantes a las economías emergentes implica eventualmente que no exista posibilidad ya de mitigar el calentamiento global.

Afirmar que China, India o Brasil han alcanzado altos grado de desarrollo contaminando todo lo que quieren y que, por lo tanto, es hora que comiencen, al igual que los Estados ricos, a obligarse en materia de mitigación de GEI, es “restablecer la igualdad” hacia abajo, en vez de hacia arriba.

La encrucijada actual radica en que, sin el compromiso de las economías emergentes, no parece posible un nuevo acuerdo que se encamine de verdad a impedir el aumento de la temperatura global por sobre los 2 grados Celsius, al tiempo que dicho compromiso puede perfectamente no ser justos para la población de esos países, al desviar los recursos necesarios para superar dilemas acuciantes como la pobreza extrema al problema del cambio climático.

El financiamiento, la transferencia de tecnología y la necesidad de un mayor grado de humildad de parte de los países originalmente causantes de este drama planetario, son factores claves para detener efectos que se están dejando sentir por el ciudadano de a pie.