

ACTORES NO GUBERNAMENTALES EN LA GOBERNACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL: UN DESAFÍO O UNA BENDICIÓN

Joyeeta Gupta*

I.	INTRODUCCIÓN	665
II.	NUEVAS FORMAS DE GOBERNACIÓN	669
	A. <i>Introducción</i>	669
	B. <i>Nuevos Actores en Gobernación</i>	670
	C. <i>Desplazamiento del Lugar de la Gobernación</i>	674
	D. <i>Cambios de las Normas Existentes en la Gobernación</i>	676
III.	COMBINACIONES DE PATRONES DE GOBERNACIÓN	678
	A. <i>Introducción</i>	678
	B. <i>Tipos de Gobernación</i>	678
	C. <i>Estudio sobre Cambios Climáticos</i>	679
	D. <i>Estudio sobre las Aguas</i>	681
	E. <i>Estudio de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible</i>	682
IV.	EXAMINANDO LA CLASIFICACIÓN DEL SOSTENIMIENTO	683
	A. <i>Introducción</i>	683
	B. <i>Asuntos Claves en la Clasificación del Sostenimiento</i>	685
V.	DESAFÍOS AL DERECHO INTERNACIONAL	689

I. INTRODUCCIÓN

La globalización ha cambiado el modo que la sociedad discute los problemas comunes y globales. Mientras hay muchas conversaciones sobre como llegar al desarrollo sostenible, realmente no hay una definición clara sobre lo que es el desarrollo sostenible y el término permanece susceptible a muchos abusos. La globalización es definida en la literatura de muchos modos diferentes. La literatura se refiere a revoluciones económica, social, financiera, jurídico, y de comunicación y tecnológica que se están realizando, y “mas bien que hechos al azar, la globalización se refiere a estos modelos que conectan al mundo, los cuales están firmemente sembrados y duran por mucho tiempo.”¹ Held y McGrew argumentan que

* Joyeeta Gupta, profesora de política y derechos de cambio climáticos en la Universidad Vrije en Ámsterdam y es una profesora de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia, y Cultura (UNESCO) en Política y derechos de Recursos de Agua y el Ambiente en el Instituto UNESCO-IHE para la Educación en Aguas. Este artículo ha sido escrito en el contexto de dos proyectos—el proyecto inter gubernamental y régimen privados ambientales y compatibilidad con la buena gobernación, y el Reglamentos de derecho y el desarrollo sostenible—financiado por la

la globalización encapsula la noción que la acción tomada en un lugar puede tener impactos en otro lugar, que el tiempo y el espacio son comprimidos a través de comunicación inmediata, que hay una interdependencia que va aumentando mientras las sociedades son dependientes la una de la otra debido a los sistemas que los unen, que vivimos en un mundo que se encoge mientras los países aparecen estar mucho más cercanos el uno al otro y que hay integración global.²

El rápido procedimiento de la globalización esta conduciendo explícitamente e implícitamente a grandes cambios en la forma que manejamos nuestros problemas. Estos cambios están llevando a académicos y políticos a conversar más en términos de gobernación, que en los términos limitados de los derechos internacionales. La gobernación se refiere al proceso útil de como instituciones manejan recursos sociales, desde la institución de la familia hasta instituciones internacionales.

La gobernación ocurre en el contexto de la sociedad global. Sin embargo, hay numerosas controversias sobre si tenemos una comunidad y sociedad global en el sentido que los mismos valores jurídicos en el nivel nacional son también operacionales en el nivel internacional. Para aquellos inspirados por Hobbes, no existe ninguna sociedad global, solamente anarquía global y los más poderosos prevalecen.³ Para otros, nos movemos gradualmente adelante hacia una sociedad internacional basada en reglas, que comparte algunas normas y valores comunes y que se mantiene unida por solidaridad.⁴

Tanto si vivimos en anarquía global o en una sociedad global, estamos enfrentando problemas globales. Mientras al no iniciado podría parecer inocuo hablar de problemas globales, este término también tiene un sentido político. La lucha teórica en el contexto del derecho internacional ha sido creada con respecto al concepto de la herencia común de la humanidad. Una contienda paralela ha sido llevada en el ámbito de la economía en

Organización para la Investigación Científica de los Países Bajos (contrato No 452-02-02) y el proyecto financiado por la Unión Europea sobre la clasificación y certificación de la sostenimiento (contrato No EVG1-CT-2000-00031).

1. ANA METTE KJAER, GOVERNANCE [GOBERNACIÓN] (2004).
2. Ver David Held y Antonio McGrew, *The Great Globalization Debate: An Introduction [El Gran Debate de Globalización: Una Introducción]*, en THE GLOBAL TRANSFORMATIONS READER: AN INTRODUCTION TO THE GLOBALIZATION DEBATE [EL LECTOR DE TRANSFORMACIONES GLOBAL: UNA INTRODUCCIÓN AL DEBATE DE GLOBALIZACIÓN] 1 (David Held y Antonio McGrew editores, 2000).
3. ROBERT KAGAN, OF PARADISE AND POWER: AMERICA AND EUROPE IN THE NEW WORLD ORDER [DE PARAÍSO Y PODER: AMÉRICA Y EUROPA EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL] 3 (2003).
4. Ver *id.* en 3-5.

relación con la disputa sobre la definición de bienes públicos.⁵ Dentro de las ciencias políticas la discusión ha tomado un acercamiento diferente y los científicos argumentan que los problemas son socialmente construidos y por lo tanto no hay ninguna definición objetiva de un problema.⁶ En el contexto del Norte y el Sur, hay una controversia considerable sobre lo que son los problemas globales, donde muchos argumentan que sólo cuando los problemas pueden tener impactos negativos en el Norte son clasificados como problemas globales.⁷

Para tratar con este complejo de problemas globales, extendiéndose desde lo social, a lo económico, al medio ambiente el concepto de desarrollo sostenible ha sido adoptado, igualmente, por científicos y políticos. El desarrollo sostenible es definido como el progreso “que cubre las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de futuras generaciones a alcanzar sus propias necesidades.”⁸ Esto es un proceso de cambio “en el cual la explotación de recursos, la dirección de inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y el cambio institucional estén todos en armonía y realza tanto el potencial corriente como futuro para cubrir las necesidades y aspiraciones humanas.”⁹ Además, la Comisión de Brundtland declaro que el desarrollo sostenible exhorta la participación de ciudadanos en la toma de decisiones, un sistema económico independiente y sostenido que genera excedentes, un contexto social en el cual problemas sociales pueden ser tratados, un sistema en el cual los procesos de producción son compatibles con la base de recursos existentes y con su conservación, un sistema internacional de comercio y finanzas sostenible, y

5. *Ver generalmente* PROVIDING GLOBAL PUBLIC GOODS: MANAGING GLOBALIZATION [PROVEYENDO BIENES PÚBLICOS GLOBALES: DIRIGIENDO LA GLOBALIZACIÓN] (Inge Kaul et al. editores, 2003).

6. *Ver, por ejemplo*, David Held, *What Hope for the Future?: Learning the Lessons of the Past* [¿Cual Esperanza para el Futuro?: Aprendiendo las Lecciones del Pasado], 9 IND. J. OF GLOBAL LEGAL STUD. 381 (2002); *ver también* Detlev Vagts & Martti Koskenniemi, Revisión de libro, 87 AM. J. INT'L L. 160 (1993) (revisión de PHILIP ALLOTT, EUNOMIA: NEW ORDER FOR A NEW WORLD [NUEVA ORDEN PARA UN MUNDO NUEVO] (Oxford Univ. Press [Prensa de la Universidad de Oxford], 1990)).

7. *Ver, por ejemplo*, ANIL AGARWAL, ET AL., THE COMM'N ON DEVELOPING COUNTRIES AND GLOBAL CHANGE [COMISIÓN SOBRE PAÍSES EN VÍA AL DESARROLLO Y CAMBIO GLOBAL], FOR EARTH'S SAKE: A REPORT FROM THE COMMISSION ON DEVELOPING COUNTRIES AND GLOBAL CHANGE [PARA EL BIEN DEL MUNDO: UN INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE PAÍSES EN VÍA AL DESARROLLO Y CAMBIO GLOBAL] 25–26 (1992). *Ver también* THE SOUTH COMM'N [LA COMISIÓN SUR], THE CHALLENGE TO THE SOUTH: THE REPORT OF THE SOUTH COMMISSION [EL DESAFÍO AL SUR: EL INFORME DE LA COMISION DEL SUR] (1990).

8. WORLD COMM'N ON ENV'T AND DEV. [COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO], OUR COMMON FUTURE: WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT [NUESTRO FUTURO COMÚN: COMISION MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO] 43 (1988).

9. *Ver id.* en 46.

un sistema administrativo que aprende de errores del pasado.¹⁰ La Declaración de Río definió el desarrollo sostenible como “el derecho al desarrollo [el cual] debe ser realizado para equitativamente alcanzar las necesidades de desarrollo y ambientales de generaciones presentes y futuras.”¹¹ Los tribunales no están dispuestos a ver más de esta idea que solo un concepto,¹² aun cuando algunos jueces ven el concepto como “una necesidad lógica e ineludible.”¹³ Desde que la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en el 2002 concentró todas sus energías en el, el concepto ha ganado mucho respeto.¹⁴ Organizaciones ambientales y comerciales al igual que muchos acuerdos tratan con el concepto.¹⁵ La Unión Europea también ha adoptado el desarrollo sostenible como un objetivo vigente en muchos de sus documentos y normas legales.¹⁶ Mientras para unos el concepto de desarrollo sostenible es un solo objetivo,¹⁷ para otros contiene un órgano de principios.¹⁸ La Asociación

10. *Ver id.* en .65.

11. Rio Declaration on Environment and Development [Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo], 14 de junio de 1992, principio 3, ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, 31 I.L.M. 874, 877. *Ver también* Report on the United Nations Conference on Environment and Development [Informe sobre la Conferencia de las Naciones Unidas del Medio Ambiente y el Desarrollo], del 3 al 14 de junio de 2002, Annex I, ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

12. *Ver, por ejemplo*, *Gabcikovo-Nagymaros (Hungria vs. Eslovaquia)*, 1997 I.C.J., (25 de septiembre).

13. *Ver id.* en 95 (la opinión del Juez Weeramantry).

14. *Ver* Hans Christian Bugge & Lawrence Watters, Interview, *A Perspective on Sustainable Development after Johannesburg on the Fifteenth Anniversary of our Common Future: An Interview with Gro Harlem Brundtland* [Una Perspectiva sobre el Desarrollo Sostenible después de Johannesburgo sobre el Décimo quinto Aniversario de nuestro Futuro Común: Una Entrevista con Gro Harlem Brundtland], 15 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 359 (2003).

15. *Ver* Melinda L. Kimble, *Public-Private Partnerships: A Tool for Sustainable Development? [¿Sociedades Públicas-Privadas: Un Instrumento para el Desarrollo Sostenible?]*, 2003 A.L.I. – A.B.A. C.L.E. 121, 125-29.

16. *Ver, por ejemplo*, Directiva del Consejo 2004/8/CE, 2004 D.O. (L 52) 50; Decisión No 1230/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 2003 D.O. (L 176) 29; Decisión del Consejo No 1999/170/CE, 1999 D.O. (L 64) 58; Opinión del Comité de las Regiones sobre la Comunicación en adelante hacia una estrategia temática en el uso sostenible de recursos naturales, 2004 D.O. (C 121) 47; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – la Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible un año sobre: implementando nuestros compromisos SEC(2003) 1471OE, COM(2003) 829 final; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – 2003 Revisión de Política Ambiental – Consolidación el pilar ambiental de desarrollo sostenible, COM(2003) 745 final; Resolución sobre una estrategia nueva para agricultura en regiones árticas, 1999 D.O. (C 175) 27; Opinión del Comité de Económico y Social sobre la ‘Propuesta para un Parlamento Europeo y Decisión del Consejo sobre la revisión del Programa de la Comunidad Europea de política y acción en relación al ambiente y desarrollo sostenible ‘Hacia sostenimiento,’ 1996 D.O. (C 212) 1.

17. *Ver, por ejemplo*, Sumudu Atapattu, *Sustainable Development, Myth or Reality?: A Survey of Sustainable Development Under International Law and Sri Lankan Law* [Desarrollo

Internacional de Derecho prevé la aparición de un derecho internacional de desarrollo sostenible la cual incluye siete principios críticos.¹⁹

Contra este marco, este artículo destaca los elementos claves de las nuevas formas de gobernación, refiriéndose a los nuevos actores en la gobernación, los desplazamientos en el lugar de gobernación, y las siempre cambiantes normas en las formas tradicionales de gobernación. Así destacando la influencia, la cual cambia constantemente, que los actores no gubernamentales es ejercen en aquellos que establecen la política (vea la Sección II). El artículo luego argumenta que hay cinco tipos de relaciones de gobernación. Examina la situación en lo que concierne a las cuestiones de gobernación sobre el cambio climático, el agua y el desarrollo sostenible. Estos ejemplos ilustran las diferentes formas que los actores no gubernamentales participan y cambian la dinámica de gobernación en los ámbitos específicos (vea la Sección III). El artículo luego examina los desafíos especiales que surgen en el área de clasificación y certificación del sostenimiento donde actores no gubernamentales han en efecto forjado una área de gobernación para ellos y esto ha conducido a una serie de preguntas legales en muchas áreas de la ley (vea la Sección IV). El artículo concluye con algunas conclusiones sobre como actores no gubernamentales forman los nuevos acontecimientos en el derecho internacional.

II. NUEVAS FORMAS DE GOBERNACIÓN

A. Introducción

En el nivel internacional, estamos atestiguando nuevas formas de gobernación. Hay un aumento de nuevos actores en el proceso de gobernación (vea la Sección II-B), hay un desplazamiento en el lugar de

Sostenible, ¿Mito o Realidad?: Una Encuesta del Desarrollo Sostenible Bajo el Derecho Internacional y Derecho de Sri Lanka], 14 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 265, 280-81 (2001).

18. Ver, por ejemplo, Dr. Ranee Khooshie Lal Panjabi, *From Stockholm to Rio: A Comparison of the Declaratory Principles of International Environmental Law [De Estocolmo a Río: Una Comparación de los Principios Declaratorios del Derecho Ambiental Internacional]*, 21 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 215, (1993).

19. INT'L LAW ASS'N [ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO], NEW DELHI DECLARATION OF PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RELATING TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT [DECLARACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE NUEVA DELHI] (2002) [De aquí en adelante LA DECLARACIÓN DE NUEVA DELHI]. La Declaración de Nueva Delhi fue llamada a la atención de las Naciones Unidas en la Cumbre sobre el Desarrollo Sostenible que llevada acabo en Johannesburgo, Sur África del 26 de agosto de 2002 al 4 de septiembre de 2002, *World Summit on Sustainable Development [Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible]*, ONU Doc. A/CONF 199/8. Una exploración más detallada del concepto fue emprendida en el INTERNATIONAL LAW AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: PRINCIPLES AND PRACTICE [DERECHO INTERNACIONAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE: PRINCIPIOS Y PRACTICA] (Nico Schrijver & Friedl Weiss editores, 2004).

gobernación hacia nuevos ámbitos (vea la Sección II-C) y las tradicionales normas vigentes en las áreas de gobernación están cambiando (vea la Sección II-D).

B. *Nuevos Actores en Gobernación*

Aunque los realistas tienden a argumentar que sólo los estados son críticos en la determinación de la política al nivel internacional, institucionistas liberales argumentan que actores no gubernamentales tienen una influencia marcada en el ámbito internacional.²⁰ La participación de actores no gubernamentales en la gobernación internacional no es algo nuevo. La historia puede ser remontada atrás a aproximadamente 200 años.²¹ Lo que es nuevo es el desarrollo rápido de la forma en la cual estos actores influyen el proceso de gobernación.

Organizaciones no gubernamentales (ONGs) del medio ambiente y movimientos sociales han progresado de ser grupos de pequeña escala a ser o los movimientos de la gran masa de los partidarios o organizaciones globales enfocadas en la protección de un recurso ambiental específico y representando los intereses de su distrito. ONGs para la protección del medio ambiente pueden ser federaciones de organizaciones internacionales y nacionales,²² o tener socios universales/híbridos,²³ o socios intercontinentales,²⁴ o tener socios regionales,²⁵ o ser grupos nacionales

20. Ver generalmente Joseph M. Grieco, *Anarchy and the Limits of Cooperation: A Realist Critique of the Newest Liberal Institutionalism* [*Anarquía y los Límites de Cooperación: Una Crítica de Realistas del Nuevo Institucionalismo Liberal*], en INTERNATIONAL RULES: APPROACHES FROM INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS [NORMAS INTERNACIONALES: ACERCAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES] 147 (Robert J. Arroyo et al. editores, 1996).

21. Ver Steve Chamovitz, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance* [*Dos Siglos de Participación: ONGs y Gobernación Internacional*], 18 MICH. J. INT'L L. 186, 190–91 (1997).

22. Por ejemplo, esto incluye grupos como Greenpeace (<http://www.greenpeace.org>), Amigos de la Tierra (<http://www.foei.org>), Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) (<http://www.panda.org>), y Environment Liaison Centre International [Centro Internacional de Enlace Ambiental] (<http://www.elci.org>).

23. Ver, por ejemplo, International Union for the Conservation of Nature, a/k/a The World Conservation Union [Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, también conocida como La Unión de Conservación Mundial], en <http://www.iuncn.org> (última visita el 14 de marzo de 2005).

24. Ver, por ejemplo, Birdlife International, en <http://www.birdlife.net> (última visita el 14 de marzo de 2005); y Wetlands International, en <http://www.wetlands.org> (última visita el 14 de marzo de 2005).

orientados internacionalmente^{26, 27} Ellos a menudo trabajaban en redes internacionales como la Red de Acción de Pesticida (PAN—sus siglas en ingles), la Red de Acción de Basilea (BAN - sus siglas en ingles) y la Red de Acción del Clima (CAN - sus siglas en ingles). Sus ideologías pueden ser conservadoras como La Unión Mundial para la Naturaleza (IUCN—sus siglas en ingles) o grupos de izquierda extremos como la Tierra Primero. Sus instrumentos incluyen boletines informativos neutros,²⁸ artículos con una posición, evaluaciones regionales, apoyo a delegaciones nacionales a través de su participando en ellas, o a través de consejos, o a través supervisando su ejecución,²⁹ o manifestaciones. Indirectamente, ellos influyen en la gobernación global a través de la escritura de libros, la industria editorial de diarios, participación en conferencias, publicidad, y la cobertura de medios de comunicación.³⁰ Estos órganos evalúan, asimilan y sintetizan la información generada, y tratan de asegurar la transparencia en el proceso de gobernación. Algunas convenciones han llegado a concretarse debido a la presión usada por ONGs.³¹ La literatura revela una diferencia entre ONGs del Norte y del Sur en términos de puntos en disputa (cuestiones del medio ambiente y de desarrollo respectivamente), con respeto a el financiamiento y las técnicas.³²

25. Ver, por ejemplo, African Wildlife Foundation, en <http://www.awf.org> (última visita el 14 de marzo de 2005); y la Oficina Europea del Medio Ambiente, en <http://www.eeb.org> (última visita el 14 de marzo de 2005).

26. Ver, por ejemplo, Centro de Ciencia y el Ambiente, en <http://www.cseindia.org> (última visita el 14 de marzo de 2005); Sierra Club, en <http://www.sierraclub.org> (última visita el 14 de marzo de 2005).

27. Ver generalmente John McCormick, *The Role of Environmental NGOs in International Regimes [El Papel que Desempeñan las ONGs del Medio Ambiente en Regimenes Internacionales]*, en THE GLOBAL ENVIRONMENT: INSTITUTIONS, LAW, AND POLICY [EL MEDIO AMBIENTE GLOBAL: INSTITUCIONES, DERECHO Y POLÍTICA] 52, 52-71 (Noram J. Vig y Regina S. Axelrod editores, 1999).

28. Esto incluye el EARTH NEGOTIATIONS BULLETIN [BOLETÍN DE NEGOCIACIONES DE LA TIERRA], <http://www.iisd.ca/enbvol/enb-background.htm> (última visita el 19 de marzo de 2005), publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

29. Por ejemplo la red de supervisión del comercio de fauna silvestre, Trade Records Analysis of Flora and Fauna in Commerce (TRAFFIC) [Análisis de Régistro de Comercio de Flora y Fauna en el Comercio], <http://www.traffic.org>, el cual supervisa la implementación de leyes al nivel internacional.

30. McCormick, *supra* nota 27, en 65–68.

31. Ver, por ejemplo, Basel Convention on the Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal [Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimiento Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación], 22 de marzo de 1989, 1673 U.N.T.S. 125 (implementado el 5 de mayo de 1992).

32. McCormick, *supra* nota 27, en 58–61. Ver generalmente PRATAP CHATTERJEE & MATTHIAS FINGER, THE EARTH BROKERS: POWER, POLITICS AND WORLD DEVELOPMENT [LOS AGENTES DE LA TIERRA: PODER, POLITICA Y DESARROLLO MUNDIAL] (1994).

Otro actor muy influyente en la gobernación internacional es la industria. Los productores de chlorofluorocarbon (CFC) prominentemente participaron en las negociaciones sobre el agotamiento de la capa de ozono. Las empresas de energía son actores principales en las negociaciones sobre el cambio climático. En general las grandes industrias o las confederaciones de grandes industrias son las que están presentes en las negociaciones. Las industrias de energía eléctrica y de pesticida estuvieron presentes en las negociaciones sobre el movimiento transfronterizo de largo alcance de agentes contaminadores atmosféricos. La industria participa como observador en negociaciones, pero su primaria vía de influencia es a través del cabildeo y la propugnación en el nivel nacional. Ellos también publican publicidades e investigaciones. Ellos representan, sobre todo, los intereses de la industria en los países más ricos.

Un tercer actor influyente es la comunidad científica. Estas comunidades son definidas como una red profesional organizada alrededor de cuestiones específicas y son vistas como las fuentes autoritarias de información. En las discusiones sobre la Contaminación Transfronteriza del Aire de Largo Alcance (LRTAP), el Programa Cooperativo para la Supervisión y la Evaluación la Contaminación Transfronteriza del Aire de Largo Alcance en Europa (EMEP) desempeño un papel clave en la supervisión de los agentes contaminadores y en el suministro de pruebas necesarias para tratar con la cuestión que condujo a la adopción del primer Protocolo de Sulfuro.³³ En las negociaciones sobre el clima, el Panel Intergubernamental del Cambio Climático tuvo una parte muy importante en las negociaciones.³⁴ En el régimen de agotamiento de ozono, informes del Proyecto Global de Investigación y Supervisión sobre el Ozono y del Comité de Coordinación de la Capa de Ozono (CCOL), que fue establecido por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) en cooperación con la Organización Meteorológica Mundial (WMO) a finales de los años 1970, desempeñaron un papel importante.³⁵ Las comunidades científicas influyen en las negociaciones a través de sus publicaciones, sus informes de evaluación, y a menudo tienen una línea

33. *Ver generalmente* Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Air Pollution on the Reduction of Sulphur Emissions or Their Transboundary Fluxes by at Least 30 percent, July 8, 1985 [Protocolo Para la Convención del 1979 sobre la Contaminación Atmosférica Transfroteriza de Largo Parámetro en la Reducción de las Emisiones de Sulfuro o de sus Flujos Transfronterizos en por lo menos 30 por ciento, Julio 8, 1985], 1480 U.N.T.S. 215

34. *Ver generalmente* Intergovernmental Panel on Climate Change [Comisión Intergubernamental sobre Cambio Climático], disponible en <http://www.ipcc.ch/> (ultima visita el 19 de Julio de 2005).

35. *Id.*

directa de comunicación con las negociaciones porque se les permite hacer un informe sobre sus conclusiones.³⁶

Veo cinco fases en el desarrollo de la influencia de los ONG en negociaciones de tratados del medio ambiente.³⁷ En la primera fase, actores no gubernamentales fueron por la mayor parte consultados durante el proceso de negociación, como es permitido por la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Resolución del Consejo Económico y Social de 1968.³⁸ En la segunda fase que comenzó en los años 1970, actores no gubernamentales fueron, por la mayor parte, los observadores más reconocidos y gerentes entre bastidores de negociaciones internacionales.³⁹ Había pocas organizaciones prestigiosas como La Unión Mundial para la Naturaleza y estas organizaciones eran influyentes en la realización del texto de la Convención del Comercio Internacional en la Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres,⁴⁰ y el Convenio de la Diversidad Biológica.⁴¹ En la tercera fase, el papel de actores no gubernamentales aumentó considerablemente.⁴² Ellos estaban protegidos a través de acuerdos internacionales, autorizados por ellos y también ocupados por ellos para emprender actividades. En la cuarta fase, actores no gubernamentales fueron tan activos que posiblemente ellos estaban tomando la ley en sus propias manos y desarrollando sus propias reglas como los directores de recursos del medio ambiente.⁴³ Mientras un ejemplo clásico de esto es la Organización Internacional para la Normalización, en años recientes, esto ha tomado la forma de clasificación del sostenimiento y esquemas de certificación, entre otros. Esto es tratado con más profundidad en la Sección IV. Hay una explosión en el número de participantes en negociaciones internacionales. Esto inevitablemente conduce a la

36. Ver generalmente Joyeeta Gupta, *Effectiveness of Air Pollution Treaties: The Role of Knowledge, Power and Participation* [La Eficacia de Tratados de Contaminación del Aire: El Papel de Conocimiento, Poder y Participación], 12 POL'Y STUD. REV. ANN. 145 (2001).

37. Joyeeta Gupta, *The Role of Non-State Actors in International Environmental Affaire* [El Papel de Actores No gubernamentales en Asuntos Internacionales del Medio Ambiente] 63 ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES OFFENRLICHES RECHT UND VOLKERRECHT [DIARIO DE DERECHO INTERNACIONAL HEIDELBERG] 459, 462 (2003).

38. *Id.* en 462–63.

39. *Id.* en 463–64.

40. *Id.* en 463 (*mencionando* The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITIES) [La Convención sobre el Comercio Internacional en la Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres], 13 de abril de 1987, 27 U.S.T. 1087, 993 U.N.T.S. 243).

41. *Id.* (*mencionando* The Convention on Biological Diversity [El Convenio sobre la Diversidad Biológica], 5 de junio de 1992, 1760 U.N.T.S. 79, 143 (29 de diciembre)).

42. Gupta, *supra* nota 37, en 464–69.

43. *Id.* en 469–71.

competición entre los varios grupos. Esta competición ha conducido en algunos casos al desarrollo de reglas que identifican quien es elegible para participar y de ahí también conduce a la exclusión, en particular, al recién llegado al ámbito.⁴⁴ En la quinta etapa, hay un esfuerzo para desviar la competición entre actores no gubernamentales y actores gubernamentales, convirtiendo actores no gubernamentales en compañeros en la gobernación, sobre todo a través de la oportunidad de negociar Acuerdos Tipo 2 bajo la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (vea la Sección III).⁴⁵

C. *Desplazamiento del Lugar de la Gobernación*

Una segunda característica significativa de las nuevas formas de gobernación son los desplazamientos del lugar de la gobernación a otros foros. Estos incluyen el desplazamiento a tribunales nacionales e internacionales, a niveles supranacionales, al sector privado y a la regulación conjunta, a otros países, al nivel de la cuenca del río en el caso del agua y a nivel local mediante el principio de la subsidiaridad. Estos son discutidos brevemente a continuación.

La gobernación se está desplazando de las áreas tradicionales hacia los tribunales. Esto es especialmente cierto en la Unión Europea, donde la gobernación en base a tribunales no era muy común en los países de derecho civil. En los asuntos de cambios climáticos, las ONGs de los Estados Unidos también están litigando contra el gobierno de los Estados Unidos.⁴⁶ Un enfoque relativamente nuevo y novedoso es la manera en que el gobierno Palestino abordó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para discutir la legalidad del muro siendo construido por Israel. Dado que no era un país independiente, Palestina no podía abordar la Corte directamente, y aun si lo pudiese hacer, es improbable que Israel hubiera estado de acuerdo a la jurisdicción de la Corte. En lugar de esto, Palestina cabildeo en la

44. Ver Joyeeta Gupta, *Non-State Actors: Undermining or Increasing the Legitimacy and Transparency of International Environmental Law* [Actores No gubernamentales: Socavando o Aumentado la Legitimidad y Transparencia de Derecho Internacional Ambiental], en GOVERNANCE AND INTERNATIONAL LEGAL THEORY [GOBERNACIÓN Y TEORÍA LEGAL INTERNACIONAL] 297 (Ige F. Dekker & Wouter Werner editores, 2004) (detallando el papel de actores no gubernamentales en el ámbito de cambio climático y la competencia entre estos actores).

45. Gupta, *supra* nota 37, en 472–77.

46. Hay pleitos siendo iniciadas por actores no gubernamentales y municipios contra bancos y corporaciones inversionistas internacionales en favor de miembros y ciudadanos quienes pueden haber sido víctimas de calentamiento global. Hay un pleito que ha sido iniciado por los actores no gubernamentales en contra de la Agencia de la Protección de Medio Ambiente de los Estados Unidos; incluyendo otro caso iniciado por 11 estados, territorios y organizaciones no gubernamentales en contra de la Agencia.

Asamblea General y la Asamblea General le pidió su opinión sobre el asunto al la CIJ. La CIJ emitió recientemente su opinión respecto al muro.⁴⁷

También hay un desplazamiento hacia el nivel supranacional. Este es ciertamente el caso de la Unión Europea en la que la legislación en un número de áreas en cuestión se desplaza al nivel supranacional. Por medio del proceso de privatización de los recursos naturales y servicios básicos, la gobernación también se está desplazando hacia el sector privado. En las áreas del transporte, energía y administración de aguas, los procesos de toma de decisiones claves se están desplazando hacia el sector privado. Uno podría argumentar que donde la implementación del derecho internacional es débil, algunos países buscan asegurar el acatamiento en otros países mediante las normas nacionales. Un ejemplo es la Enmienda Pelly en los Estados Unidos y su impacto en los países Asiáticos. En una situación ligeramente inversa, vemos tratados que exigen a las partes que permitan a los súbditos extranjeros utilizar sus tribunales domésticos para solicitar reparaciones.⁴⁸

En el área de la administración de agua, vemos un desplazamiento de los procesos de gobernación hacia la cuenca. Esto se debe a la necesidad científica de que el agua fresca en las cuencas de los ríos internacionales sea administrada en conjunto. Como resultado, los procesos de determinación de políticas se están desplazando del nivel nacional e internacional al nivel de la cuenca del río (nivel fluvial). Al mismo tiempo, a fin de garantizar la implementación de las políticas, observamos un desplazamiento al nivel local mediante el principio de subsidiaridad y otorgamiento de facultades a los actores no gubernamentales a través de mayores oportunidades de participación en los procesos de toma de decisiones y brindándoles oportunidades de reparación jurídica en los tribunales domésticos de otros países.

Hay tres implicaciones claves que emergen de la anterior discusión. La primera es que existen múltiples foros que están desarrollándose simultáneamente para la solución de problemas. La segunda es que los múltiples desplazamientos funcionan para facultar a los débiles (como en el

47. Advisory Opinion No. 131, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [Las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Ocupado Palestino], 2004, I.C.J. 131 (9 de julio).

48. *Ver, por ejemplo*, The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters [El Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convenio Aarhus)], 25 de julio de 1998, 2161 U.N.T.S. 447 (implementado el 30 de octubre 2001); Southern African Development Community Revised Protocol on Shared Watercourses in the Southern African Development Community [Protocolo revisado de la Comunidad de Desarrollo Sur Africana sobre Cursos de Agua Compartidos en la Comunidad de Desarrollo Sur Africana], 7 de agosto de 2000, 40 I.L.M. 321.

caso de utilizar la CIJ o tribunales extranjeros para obtener reparación) pero también pueden quitarle facultades a los débiles (si la otra parte se dedica a comparar foros). La tercera es que algunos de estos desplazamientos pueden ser mutuamente incompatibles. Por ejemplo, un desplazamiento a una población local vía la participación puede no ser compatible con un desplazamiento a la privatización donde el poder es transferido al sector privado. De manera similar, un desplazamiento hacia la determinación de políticas a nivel fluvial puede no ser totalmente compatible con el otorgamiento de facultades a la población local para tomar decisiones.

D. Cambios de las Normas Existentes en la Gobernación

A su vez, los cambios exógenos también están influenciando los cambios dentro del proceso tradicional de elaboración de normas a nivel internacional. Desearía discutir aquí cuatro puntos: el concepto de la elaboración de los derechos de influencia mutua, la suspensión implícita de normas substantivas de procedimiento para cumplir los plazos límite, los desafíos planteados por los nuevos problemas a las presunciones implícitas y explícitas de el derecho internacional, y el surgimiento de nuevos principios orientados hacia lo económico a costas de principios más orientados hacia lo legal.

Luego de observar la manera en que los derechos internacionales se están desarrollando, es cada vez más obvio que en las complejas negociaciones ambientales, continuamente se toman decisiones. O por lo menos el proceso de desarrollo de la decisión es continuo. En una situación como ésta, ya no es relevante que los países piensen que no están obligados por las decisiones de la Conferencia de las Partes, sino solamente por aquellos acuerdos jurídicos formales que han sido ratificados, abrazados o aceptados por sus países. Bruñe y Toopé se refiere a esto como el concepto de la elaboración de leyes de influencia mutua.⁴⁹

Nuevamente en base a la observación de diversos procesos de negociación, lo que fue inmediatamente obvio era que las normas de procedimiento formales son frecuentemente suspendidas a fin de ser prácticos. Esto ha conducido en numerosas ocasiones a la organización de pequeños grupos para discutir asuntos complejos. Algunas veces el número de grupos excede ampliamente el número de representantes de los países y el idioma más usado es el inglés. Además, las reuniones ocasionalmente duran mucho mas allá del horario normal de trabajo y frecuentemente

49. Ver generalmente Jutta Brunée & Stephen J. Toope, *International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law* [*Derecho Internacional y el Constructivismo: Los Elementos de una Teoría Interaccional de Derecho Internacional*], 39 COLUM J. TRANSNAT'L L. 19 (2000).

trascienden la conclusión formal de la conferencia. Todo esto implica de hecho una suspensión implícita, por no decir explícita, de las normas de procedimiento, lo que puede tener impactos negativos en las delegaciones con recursos limitados tanto financieros como humanos.⁵⁰

Las entrevistas con los negociadores de países en desarrollo también me han llevado a concluir que el desarrollo, especialmente en la ciencia y la generación de información, ha sido tan rápido que ha resultado en que frecuentemente aquellos que negocian a favor de los países menos ricos no han tenido la preparación necesaria para negociar el asunto en términos sustantivos.⁵¹ La presunción implícita de la ley de suscripción de tratados que los países enviarán negociadores preparados y que la negociación será un proceso balanceado es desafiada por estos hallazgos.⁵² La participación de actores no gubernamentales como observadores en estas negociaciones no siempre sirve para balancear la falta de equilibrio entre el Norte y el Sur, que emerge en dichas situaciones.⁵³ Esto es debido a que la mayoría de los científicos, industriales y las ONGs que se encuentran presentes en dichas negociaciones son primariamente de países anglosajones y, por lo tanto, están, implícitamente o explícitamente influenciados por dichos intereses. Al mismo tiempo, existen claros ejemplos que en el diseño de las soluciones para las negociaciones internacionales hay países que compiten entre si para asegurarse que sus soluciones sean las escogidas. Esto les asegura menos cambios reguladores y por lo tanto menores costos de implementación. Mientras que éste es un proceso sutil, un proceso más explícito es el del uso de las mejores prácticas. Esto de hecho alienta la competencia. A pesar de que teóricamente la competencia lleva a las mejores soluciones, es discutible que de hecho estas soluciones puedan ser implementadas en una amplia variedad de contextos locales.⁵⁴

50. Ver Joyeeta Gupta, *North-South Aspects of the Climate Change Issue: Towards a Negotiating Theory and Strategy for Developing Countries* [Los Aspectos de la Cuestión de Cambio Climático del Norte y el Sur: Hacia una Teoría de Negociaciones y Estrategia para Países en vía de Desarrollo], 3 INT'L J. SUSTAINABLE DEV. 115 (2000).

51. Ver Joyeeta Gupta, *Legitimacy in the Real World: A Case Study of the Developing Countries, Non-Governmental Organizations and Climate Change* [Legitimidad en el Mundo Actual: Un Estudio de los Países en vía de Desarrollo, Organizaciones no gubernamentales y el Cambio Climático], en THE LEGITIMACY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS [LA LEGITIMIDAD DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES] 482, 496-500 (Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen editores, 2001) (proveyendo una exploración detallada implícitas y explícitas de las asunciones de ley de tratados que no siempre son observadas en hecho).

52. *Id.*

53. *Id.* en 500.

54. Ver Joyetta Gupta, *Regulatory Competition and Developing Countries and the Challenge for Compliance-Push and Pull Measures* [La Competencia Reguladora y Países en vía de Desarrollo y el Desafío para el Cumplimiento de medidas-Tire y Jale], en MULTILATERAL GOVERNANCE OF

Finalmente, los principios legales tradicionales tales como la equidad, están dando paso a principios de costo-efectividad. ¿Cómo pueden las políticas ser tratadas a los costos económicos más bajos, en lugar de al costo sociopolítico más bajo? Esto ha llevado al desarrollo de un sinnúmero de mecanismos de mercado para tratar los problemas del medio ambiente global. Mientras que muchos de estos mecanismos de mercado son auto ejecutables en el sentido que una vez que se crean las condiciones reguladoras, los actores sociales desearán participar en ellos, frecuentemente esto ocurre a costas de los principios legales tradicionales de los derechos humanos y la justicia. El uso de mecanismos de mercado dentro de los convenios legales públicos e internacionales inevitablemente conduce a contratos regulados por el derecho privado de contratos y posiblemente a tratados de inversión bilateral. El impacto de la interfase entre el derecho público internacional y el derecho comercial todavía no está claro, pero podía conducir a que las normas comerciales sean apoyadas a costas de otras normas legales.

III. COMBINACIONES DE PATRONES DE GOBERNACIÓN

A. *Introducción*

No sólo estamos siendo testigos del surgimiento de actores no gubernamentales, el desplazamiento en los foros de toma de decisiones y los cambios en las estructuras tradicionales de toma de decisiones, sino también estamos viendo nuevos patrones híbridos de gobernación. Aunque la literatura tiende a diferenciar solamente entre la gobernación horizontal y vertical, yo tiendo a diferenciar cinco tipos de patrones de gobernación. He utilizado términos que pueden ser descritos gráficamente a fin de poder presentar la información de una manera fácilmente comunicable tanto a los científicos como a los responsables de las políticas.

B. *Tipos de Gobernación*

Los cinco tipos de gobernación incluyen los siguientes. Primero, los patrones horizontales de gobernación se refieren a las relaciones entre países con el mismo nivel de jerarquía. En otras palabras se refiere a como las municipalidades se relacionan entre si, las provincias entre si, los estados entre si.

Segundo, la gobernación vertical se refiere a las relaciones entre países con diferentes niveles de jerarquía. Este tipo cubre relaciones entre municipalidades, provincias, estados, entidades supranacionales hasta el

nivel de gobernación global. El enfoque predominante en la gobernación horizontal y vertical ha sido el tema del derecho público internacional.

Tercero, las relaciones diagonales examinan la manera en la cual los actores gubernamentales tratan con los actores no gubernamentales. Me refiero a esto como diagonal porque los actores no gubernamentales no están organizados en un sistema jerárquico comparable. Estas relaciones se están volviendo más y más importantes debido a que con un estado que se encoge la responsabilidad de tomar medidas se está desplazando progresivamente hacia los actores no gubernamentales. La literatura se refiere a este tipo de gobernación como de regulación compartida.

Cuarto, las relaciones paralelas se refieren a las iniciativas tomadas por los mismos actores no gubernamentales en el proceso de gobernación. A veces se lleva a cabo como una medida de relaciones públicas y algunas veces para adelantarse a la acción del gobierno. La literatura se refiere a esto como autorregulación.

Quinto, la gobernación de punto se refiere al creciente papel de los tribunales en influenciar políticas en los países. Dentro de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia europeo cuenta con facultades significativas. Pero con la opinión asesora emitida por las CIJ del 9 de julio del 2004 respecto a las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, estamos siendo testigos de formas creativas de tener acceso a la Corte y del hecho que la Corte esté dispuesto a tratar estos asuntos de gran interés político.⁵⁵ Además en el ámbito del derecho de inversiones, ha habido más de 100 procesos de arbitraje en la última década y se está creando un nuevo cuerpo de derechos altamente intruso y frecuentemente inconsistente.⁵⁶ Dentro de un régimen específico están surgiendo sistemas híbridos de gobernación. La presente sección muestra brevemente como los diferentes regímenes ambientales han adoptado formas híbridas de gobernación.

C. *Estudio sobre Cambios Climáticos*

El régimen de cambio climático se refiere a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático llevado a cabo en 1992, y al Protocolo de Kyoto de 1997.⁵⁷ También incluye las decisiones de las

55. ICJ Advisory Opinion No. 131, *supra* nota 47.

56. Una visita al sitio en la red del Banco Mundial muestra que hay más de 150 procedimientos de arbitraje que han ocurridos en los últimos años. World Bank Group, *en* <http://www.worldbank.org/icsid/cases/main.htm> (última visita el 19 de marzo de 2005).

57. United Nations Framework Convention on Climate Change [Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático], 9 de mayo de 1992, 1771 U.N.T.S. 107, 165; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change [El Protocolo Kyoto de la

diez Conferencias de las Partes que se han llevado a cabo hasta ahora. Este régimen tiene relaciones horizontales muy fuertes entre los países en virtud de los tratados. Estos tratados detallan las obligaciones cuantitativas y cualitativas de los países y la regularidad en la que la Conferencia de las Partes debe reunirse. Esto mantiene la presión sobre el sistema para que de manera incremental desarrolle más el régimen. Tiene fuertes relaciones verticales con las autoridades nacionales en virtud de los compromisos que deben implementarse a nivel nacional y local, los requisitos de presentación de informes y los fuertes mecanismos de incumplimiento que están siendo desarrollados. También existen múltiples relaciones diagonales con actores no gubernamentales. Existen vías formales de comunicación con las comunidades epistémicas a fin de asegurarse que el proceso sea informado mediante la mejor ciencia disponible. También se les permite a otros actores no gubernamentales participar en el proceso de negociación. Finalmente, los actores no gubernamentales pueden participar en los mecanismos de mercado que están siendo desarrollados por el régimen. Aunque los actores no gubernamentales pueden contribuir en la implementación, el mecanismo de incumplimiento responsabiliza a los estados si no se cumplen las metas. Y siendo éste el caso, los estados están desarrollando mecanismos rigurosos que controlen y monitoreen la participación de estos actores en dichos proyectos. Sin embargo, obviamente cuando se redacten los contratos entre actores no gubernamentales y/o actores gubernamentales, éstos estarán regidos por los principios del derecho privado internacional y posiblemente por los tratados bilaterales de inversión. Uno puede concluir que partiendo de una perspectiva de diseño, el régimen de cambios climáticos tiene un fuerte sistema híbrido de gobernación horizontal, vertical y diagonal. Esto no es con el propósito de negar que existan fugas en el sistema debido al bajo nivel de compromisos y a las debilidades científicas y de presentación de informes del régimen. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente, existen cierta cantidad de litigios en curso relacionados con los cambios climáticos en los Estados Unidos y se esperan algunos casos judiciales nuevos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁸ Estos pueden sentar precedentes judiciales que potencialmente pueden influenciar los

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático], 10 de diciembre de 1997, 37 I.L.M. 22, U.N. Doc. FCC/CP/1997/L.7/add.1. (1997). Para más detalles de los acuerdos bilaterales que los Estados Unidos está estableciendo vea Francesco Sindico y Joyeeta Gupta, *Moving the Climate Change Regime Further Through a Hydrogen Protocol* [Avansando el Régimen de Cambio Climático a través del Protocolo de Hidrógeno], 13 REV. OF EUR. COMMUNITY & INT'L ENVTL. L. 175 (2004).

58. See generally Inter-American Commission for Human Rights [Comisión Inter-Americana para los Derechos Humanos], disponible en <http://www.cidh.oas.org/DefaultE.htm> (ultima visita 19 de Julio de 2005).

procesos en otros países y a nivel multilateral. Sin embargo, aparte de indicar que esto está ocurriendo, es muy temprano todavía concluir lo que pueda pasar con ellos. Asimismo, el régimen de cambios climáticos también tiene un gran número de iniciativas no relacionadas, incluyendo las de las autoridades locales que desean disminuir su invernadero como emisiones y convenios bilaterales que los Estados Unidos han estado celebrando con otros países respecto a los cambios climáticos y hidrogeno.⁵⁹

D. Estudio sobre las Aguas

En el caso del agua, es difícil hablar de un régimen de aguas. Existe un tratado global, la Convención de las Naciones Unidas del Derecho de el Uso de las Vías de Aguas Internacionales no Navegables,⁶⁰ que todavía tiene que entrar en vigencia. Por lo tanto, el convenio horizontal global no está vigente. Existen alrededor de 400 tratados sobre las aguas entre un gran número de ribereños que fueron negociados a lo largo de los últimos doscientos años.⁶¹ Individualmente, cada tratado está siendo implementado primariamente por los estados ribereños que son parte de dichos convenios y el factor impulsor detrás de la eficaz implementación es la reciprocidad incorporada en estos convenios y las comisiones y organizaciones internacionales de la cuenca de los ríos establecidas por dichos convenios. Sin embargo, esto no significa que no existan conflictos jurídicos y políticos en estos regimenes. Hay, por lo tanto, una fuerte gobernación horizontal y vertical en este ámbito a nivel de las cuencas de los ríos. A través de los años ha habido varias decisiones judiciales que han promovido varios principios legales. Ha habido ciertas jurisprudencias de los tribunales en el ámbito y estas jurisprudencias y la práctica gubernamental han brindado la base de los actuales derechos de las aguas.

La mayor parte de los convenios legales públicos e internacionales no han promocionado la participación del sector privado en la toma de decisiones. Sin embargo, mediante la liberalización de los mercados, el sector privado se ha involucrado de manera creciente en el sector de las aguas mediante sociedades públicos-privadas. Hasta cierto punto, esto ha

59. Sindico y Gupta, *supra* nota 57.

60. Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses [Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de el Uso de las Vías de Aguas Internacionales no Navegables], 17 de diciembre de 1996, 36 I.L.M. 700, U.N. GAOR 6th Comm., 51st Sess., U.N. Doc. A/51/869 (1997).

61. UNITED NATIONS ENV'T PROGRAMME [PROGRAMA DEL MEDIO AMBIENTE DE LAS NACIONES UNIDAS (UNEP)], ATLAS OF INTERNATIONAL FRESHWATER AGREEMENTS [ATLAS DE ACUERDOS INTERNACIONALES DE AGUA DULCE] 2 (2002), *disponible en* <http://www.transboundarywaters.orst.edu/publications/atlas/#acrobat>.

sido promovido por organizaciones internacionales y por conferencias internacionales sobre las aguas, muchas de las cuales no han sido realizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Este proceso de toma de decisiones ha seguido realmente un camino paralelo al de los desarrollos puramente legales, y ha sido impulsado por un proceso de lo general a lo específico de elaboración de políticas de aguas.

A través de la globalización, ahora somos testigos de un proceso por el cual muchos otros sistemas jurídicos pueden también influenciar la gobernación de las aguas. El desarrollo de los derechos de comercio e inversión también influenciará los derechos de los gobiernos a regir sobre asuntos hidráulicos y determinarán la forma en que las disputas deban ser tratadas. Por lo tanto, en el ámbito del derecho de las aguas tenemos muchos procesos sobre política legales en competencia que operan horizontalmente, verticalmente, diagonalmente y a través de adjudicación.

E. Estudio de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible

En el área del desarrollo sostenible, la conferencia global clave fue la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (CMSDS-WSSD) que concluyó en el año 2002 con la emisión de un documento sobre políticas adoptado por los países participantes (Convenio Tipo 1), y con un gran número de convenios Tipo 2 celebrados entre los actores gubernamentales y no gubernamentales.⁶² El convenio sobre políticas celebrado entre países no es un documento jurídicamente vinculante. A pesar que cuenta con un gran número de páginas, el documento no especifica quien debe hacer que y donde. Es un documento sobre políticas muy débil, que no refleja la naturaleza sistemática de la Agenda 21 adoptada diez años antes.⁶³ Por lo tanto, el convenio horizontal es débil. Esta debilidad anticipada condujo a los organizadores de la Cumbre Mundial a buscar nuevas asociaciones con actores no gubernamentales. Esto llevó a la adopción de los convenios Tipo 2 que permite a los actores sociales entrar en sociedad entre si para lograr metas específicas a las que ellos mismos desean comprometerse. Hay muchos de estos convenios diagonales. Sin embargo, no existen convenios verticales para verificar el cumplimiento. Tampoco existe una relación clara entre el convenio horizontal débil y los enormemente

62. Ver Ulrich Beyerlin & Martin Reichard, *The Johannesburg Summit: Outcome and Overall Assessment* [La Cumbre de Johannesburgo: Resultado y Evaluación Total], 63 ZEITSCHRIFT FUR AUSLANDISCHES OFFENRLICHES RECHT UND VOLKERRECHT [DIARIO DE DERECHO INTERNACIONAL HEIDELBERG] 213 (2003) (proveyendo una evaluación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible).

63. United Nations Conference on Environment and Development [Conferencia de Naciones Unidas del Ambiente y del Desarrollo], Agenda 21, U.N. Doc. A/CONF.151/PC/100/Ad. 1 (1992).

variantes convenios diagonales, excepto en la medida en que se espera, en general, que las iniciativas Tipo 2 contribuyan a las metas del Tipo 1.

Los anteriores estudios han mostrado tres diferentes papeles desempeñados por los actores no gubernamentales en regímenes específicos. En el régimen de cambios climáticos, hay un tratado claro y central y se les alienta a los actores no gubernamentales a que tomen medidas dentro del régimen para emprender medidas para reducir las emisiones de gas de invernadero. Existen vínculos específicos de la ciencia producidos por los actores no gubernamentales y vínculos para permitirles participar como observadores en el régimen. Respecto a las aguas, los convenios públicos e internacionales sobre derechos hidráulicas especifican esencialmente el papel de los actores gubernamentales. Sin embargo, los procesos de políticas internacionales han promovido el papel de los actores privados en la liberalización de las aguas; esto está siendo elaborado más detalladamente como parte de los desarrollos del derecho internacional en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS). En el régimen WSSD se ha alentado dos tipos de convenios; uno entre los estados y otro entre el estado y los actores no gubernamentales. Mientras que éste último ostensiblemente faculta a los actores no gubernamentales al permitirles que celebren convenios, la misma naturaleza voluntaria de estos convenios muestra que no es un sistema bien diseñado y que la creciente importancia de los actores no gubernamentales ha venido estrechamente vinculada con la decreciente voluntad política de los actores gubernamentales de realmente tomar medidas serias sobre políticas para tratar los problemas globales.

IV. EXAMINANDO LA CLASIFICACIÓN DEL SOSTENIMIENTO

A. *Introducción*

Dediquémonos ahora al asunto de clasificación y certificación del sostenimiento. A pesar de la inmensa y creciente legislación sobre asuntos ambientales, económicos, sociales y de derechos humanos a nivel supranacional, regional e internacional, muchos actores sociales sienten que no es suficiente lograr la meta de un desarrollo sostenible.⁶⁴ Las ONG Ambientales están dedicadas muy activamente a demandarle a la industria

64. General Agreement on Tariffs and Trade [Acuerdo General en Tarifas y Comercio], 30 de octubre de 1947, 61 Stat. (5), (6), 55 U.N.T.S. 194; General Agreement on Trade in Services [Acuerdo General en Comercio y Servicios], 15 de abril de 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization [Acuerdo Marrakesh que Establece la Organización del Comercio Mundial], Anexo 1B, 33 I.L.M. 44 (1994). Los textos de todos los acuerdos de OMC están disponibles en el sitio web de la Organización Mundial del Comercio en <http://www.wto.org>.

que “cambie su formas” mientras, que por otro lado, los consumidores también tienen el deseo de tener acceso a productos sostenibles. Todo esto implica que hay un fuerte efecto de tire y ajuste en la industria y ésta última está desarrollando actualmente estrategias internas o sectoriales para hacer frente a la presión. Están desarrollando así iniciativas paralelas enfocadas en “estrategias y actividades comerciales que cubran las necesidades actuales de la empresas y sus accionistas mientras protegen, sostienen y realzan los recursos humanos y naturales que necesitarán en el futuro.”⁶⁵ Con el paso de los años, estas iniciativas han evolucionado de proyectos que trataban con las condiciones laborales y las relaciones comerciales, pasando por proyectos de sostenimiento, para llegar hoy en día a múltiples iniciativas de diversos tipos. El propósito de dichos proyectos es influenciar el proceso de producción hasta el punto que éste se vuelva sostenible o por lo menos que sea percibido como sostenible.

Estas preguntas permanecen: ¿Cuán sostenible son estos proyectos en el cumplimiento de sus metas? ¿Se han desarrollado estos proyectos mediante el uso de los principios de la buena gobernación? ¿Hasta qué punto pueden estos proyectos dar pie a un conflicto con las normas comerciales y/o son compatibles con los derechos internacionales sobre el medio ambiente y sociales? Un proyecto realizado por la Universidad de Barcelona en España, la Universidad de Bolonia en Italia y la Universidad de Vrije en Ámsterdam se enfocó en la comprensión de los nuevos desarrollos en el ámbito de los proyectos de clasificación y certificación del sostenimiento en el contexto del desarrollo sostenible. Su meta era brindar una elaboración conceptual y teórica de los asuntos claves involucrados, incluyendo los desafíos al derecho internacional y a facilitar el diseño de estrategias exitosas para incrementar los impactos positivos de este proyecto.⁶⁶ La investigación se enfocó en proyectos de clasificaciones voluntarios, no obligatorios⁶⁷ basados en reclamos verificados de segundas y terceras partes.⁶⁸ Luego de una elaboración del concepto de desarrollo sostenible, la investigación analizó el marco jurídico, institucional y

65. *Ver generalmente* INT'L INST. FOR SUSTAINABLE DEV. [INSTITUTO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE], BUSINESS STRATEGY FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT: LEADERSHIP AND ACCOUNTABILITY FOR THE '90s [ESTRATEGIA DE NEGOCIO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE: LIDERAZGO Y RESPONSABILIDAD PARA LOS AÑOS 90], en 11 (1992).

66. *Ver* SUSTAINABILITY LABELING AND CERTIFICATION [CLASIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL SOSTENIMIENTO] (Mar Eritja Campins y Marcial Pons, editores, 2004) (publicando la investigación).

67. Esto incluye por ejemplo, la clasificación de esquemas de energía para los instrumentos eléctricos de la Unión Europea.

68. En contraste, reclamos de primera persona son aquellos hechos por el productor mismo sin verificación independiente.

empresarial dentro del cual operan dichos proyectos. Luego realizó un inventario de los diferentes proyectos y efectuó una mayor elaboración de cinco estudios: vaqueros, pesqueras de captación, frutas y vegetales, productos forestales, y ecoturismo. Los estudios analizaron las áreas relacionadas con la clasificación y certificación del sostenimiento en términos de su contenido sostenible, compatibilidad con los derechos internacionales, sus impactos en el mercado, sus aspectos comerciales y su buena gobernación. La investigación concluyó con el análisis y síntesis de los resultados. El resto de la presente sección destaca algunos de los resultados clave de la investigación y algunos de los casos de estudios realizados se elaboran más detalladamente en este volumen.

Antes de seguir adelante, podría ser útil que se comprendan los pasos y términos claves de los proyectos de clasificación y certificación del sostenimiento. En estos proyectos, el primer paso es la fijación de estándares que incluye la identificación de los principios subyacentes del proyecto y la fijación de los estándares cuantitativo y/o cualitativo. El proceso de fijar estándares incluye la articulación de las definiciones de los principios incluidos en el proyecto y los estándares y criterios que los solicitantes⁶⁹ y concesionarios autorizados⁷⁰ necesitan cumplir. Luego de esto, se certifican los productos, servicios y procesos de producción. Finalmente aquellos que certifican necesitan estar acreditados.

B. Asuntos Claves en la Clasificación del Sostenimiento

Para los efectos del proyecto, llegamos a la conclusión que los asuntos relacionados con el sostenimiento que eran potencialmente relevantes a la clasificación de la misma incluían aspectos ecológicos (que a su vez incluyen aspectos relacionados con el ambientales y la biodiversidad), sociales (salud del ser humano, derechos humanos, condiciones laborales y bienestar de los animales) y aspectos económicos (mayormente asuntos relacionados con el comercio). Pensamos que al adoptar dichos proyectos es importante que los actores prestaran atención a los principios de la buena gobernación que incluyen legitimidad, transparencia, participación, responsabilidad, efectividad y coherencia.⁷¹ En base a estas definiciones preliminares, verificamos si los proyectos emergentes de clasificación y

69. Un solicitante es una entidad legal solicitando clasificación o certificación para un producto o una serie de productos.

70. Un concesionario es un solicitante al cual una clasificación o certificación se le ha otorgado.

71. Joop De Boer et al., *The Conceptual Framework* [El Marco Conceptual], en SUSTAINABILITY LABELING AND CERTIFICATION [CLASIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL SOSTENIMIENTO], *supra* nota 66, at 39–48.

certificación podían ser vistos como sostenibles por los productores y consumidores, o en base a algunos estandartes universales, si estos proyectos tenían un potencial impacto de distorsión sobre los mercados y podían influenciar las relaciones del Norte y Sur, y la medida en que dichos proyectos eran desarrollados basados en los principios de la buena gobernación.

En el inventario de dichos proyectos, las investigaciones mostraron que los actores gubernamentales y no gubernamentales estaban activamente dedicados al desarrollo de proyectos multi-sectoriales (tales como proyectos ambientales, proyectos de comercio recíproco, proyectos orgánicos y proyectos de producción integrada) así como a una gama de proyectos específicos de un sector, enfocándose en ropa, textiles y zapatos, vida marina y piscícola, comida y bebidas y turismo. Los proyectos ambientales son mayormente públicos o semipúblicos y son frecuentemente realizados dentro del contexto de una organización que abarque entidades internacional y privada; los proyectos de comercio recíproco son en su mayoría totalmente privados, los proyectos orgánicos son principalmente privados aunque la participación del sector público se está incrementando, mientras que los proyectos de producción integrada son mayormente privados. Los proyectos sectoriales son principalmente privados aunque frecuentemente cuentan con marcos reguladores internacionales públicos relevantes tales como las iniciativas de la Organización de Alimentos y Agricultura de las Naciones Unidas en Pesqueras Responsables y la Convención de las Naciones Unidas de el Derecho del Mar.⁷² Un intento de otorgar un puntaje al sostenimiento de estos diferentes proyectos mostró que los proyectos de comercio recíproco y proyectos orgánicos tenían un puntaje relativamente alto.⁷³ Basado en el inventario preliminar, se eligieron cinco sectores y se seleccionaron proyectos específicos dentro de estos sectores (Comercio recíproco: *Kuyuchi Jeans*; Pesqueras-pesqueras de captación; *Marine Stewardship Council*, etc.). De estos proyectos, el proyecto de los *Kuyuchi Jeans* obtuvieron un puntaje muy alto en términos de contenido del sostenimiento, y el proyecto IFOAM de frutas y vegetales y el proyecto *Forest Stewardship Council* también obtuvieron un puntaje bastante alto.⁷⁴

Al examinar el contexto legal internacional el proyecto concluyó que existen varias convenciones internacionales sobre asuntos relacionados con el medio ambiente y la biodiversidad, asuntos laborales y de derechos

72. Nicolien Van Der Grijp y Luke Brander, *Multi-Sector and Sector Specific Schemes [Esquemas de Multisector y Sector Especifico]*, en SUSTAINABILITY LABELING AND CERTIFICATION [CLASIFICACIÓN Y CERTIFICACIÓN DEL SOSTENIMIENTO], *supra* nota 66, en 86–87.

73. *Id.* en 88.

74. Van Der Grijp y Brander, *supra* nota 72, en 75.

humanos y asuntos relacionados al comercio, y que dichas convenciones fijan las condiciones de los límites dentro de los cuales se pueden desarrollar dichos proyectos. Donde los proyectos de clasificación y certificación adoptan los estándares incorporados en éstos convenios negociados, no debe haber, en principio, problemas en términos de compatibilidad con el derecho internacional. Sin embargo, algunas veces son los estándares del sector privado los que se vuelven tan influyentes que más adelante son incorporados en los convenios internacionales. Por ejemplo, los estándares adoptados por la Fundación Internacional para la Agricultura Orgánica (IFOAM- sus siglas en inglés) fueron utilizados posteriormente en las pautas desarrolladas por la Comisión del *Codex Alimentarius* y la legislación de la Unión Europea sobre agricultura orgánica.⁷⁵ Aunque estos proyectos pueden, en general, ser vistos como compatibles con los derechos internacionales debido a su naturaleza voluntaria, las normas comerciales existentes requieren un balance entre la autonomía reguladora y la justicia social y la seguridad que dichos proyectos no se convertirán en una barrera disfrazada para el comercio. Aquellos proyectos que sólo listan las características de los productos o los métodos utilizados en el proceso y producción relacionados con el producto pueden ser vistos como consecuentes con las normas de la Organización Mundial de Comercio. Es probable que los proyectos voluntarios sean más compatibles con las normas de la Organización Mundial de Comercio. Los proyectos más complejos y aquellos en los que las autoridades desempeñan un papel pueden estar, en el futuro, en conflicto con las normas de la Organización Mundial de Comercio.

El análisis revela tres tipos de controversias. La primera es en relación con la idoneidad de los estándares que están siendo desarrollados. Los proyectos en competencia utilizan diferentes estándares desarrollados mediante procesos ampliamente diferentes y la manera que la información es comunicada al consumidor no permite realmente tener opciones informadas. Que dichos estándares realmente logren las metas del desarrollo sostenible incluidos en ellos es también a veces cuestionable. El segundo es el éxito del mercado. El surgimiento de estos proyectos claramente indica que existe una demanda percibida y que los consumidores están dispuestos a comprar estos productos. Sin embargo, la investigación también indica que por el momento estos proyectos continúan siendo proyectos de nicho y todavía tienen que lograr ser populares.

El tercer asunto trata sobre los impactos en los países en desarrollo. Muchos de estos proyectos pretenden proteger las metas sociales y ambientales de dichos países. Por ejemplo, el desarrollo de dichos

75. Van Der Grijp y Brander, *supra* nota 72, en 76.

proyectos puede llevar a los compradores a ir de productor en productor a fin de poder encontrar alguno que cumpla con sus estándares. Sin embargo, muchos de los productores de los países en desarrollo son operadores a pequeña escala que no pueden conocer fácilmente o cumplir estos estándares. Los proyectos de comercio recíprocos realmente tratan de manejar esta parte del problema ayudando a los productores a cumplir los estándares requeridos. Otros proyectos ayudan en la ejecución de los convenios legales y estándares internacionales y así sirven de refuerzo de los derechos internacionales así como protección a la población local y su medio ambiente. Algunos agricultores de países en desarrollo ya se están beneficiando ampliamente de su participación en, por ejemplo, la producción certificada de alimentos y vegetales orgánicos. En algunos países de América Latina los fabricantes de ropa se están beneficiando mediante su participación en el proyecto de *Kuyuchi Jeans*.

Sin embargo, existe una verdadera amenaza en términos de las barreras comerciales. En el sistema comercial global, a muchos países en desarrollo sólo se les permite vender una cierta cuota de sus productos a los países occidentales. La adopción de proyectos formales e informales de clasificación y certificación puede limitar aún más las oportunidades de exportación. Una barrera indirecta comercial surge cuando los pequeños productores sin mayor acceso a capital o conocimientos, no pueden adaptarse fácilmente a los estándares cambiantes en los países occidentales, y especialmente cuando existe una proliferación de dichos proyectos - a los diferentes estándares adoptados en diferentes países. Otro problema es que la mayor parte de estos proyectos son desarrollados en el Occidente con muy poca participación de los productores de países en desarrollo y/o de los accionistas de los mismos. Como tal, estos proyectos rara vez toman en cuenta la situación real del proceso de producción, y pueden correr el riesgo de aplicar estándares que no sirvan para lograr la meta pretendida. Todo esto puede conducir a que los productores de los países en desarrollo tengan que enfrentar nuevos problemas de acceso al mercado. "Los proyectos de clasificación y certificación podrían de esta manera dar pie a barreras comerciales para los países más pobres en los que hay un menor desarrollo del profesionalismo de la producción y podrían conducir a una mayor marginalización de los grupos más vulnerables, los trabajadores del sector informal."⁷⁶ La única manera que uno puede enfrentar este problema es mediante la intensificación de la legitimidad de estos proyectos asegurándose que hayan sido desarrollados mediante procesos que estén caracterizados por la buena gobernación. Mediante la aplicación de dichos buenos principios de gobernación, puede ser posible lograr un balance entre

76. Van Der Grijp y Brander, *supra* nota 72, en 82 (citando Kuik y Van der Woerd).

la autonomía de los actores del mercado y los principios de justicia social. Al mismo tiempo, los estudios no revelaron que existiese un problema serio respecto a un disminuido acceso de mercado como resultado de estos proyectos, primariamente por su carácter de nicho.⁷⁷

V. DESAFÍOS AL DERECHO INTERNACIONAL

Este artículo argumenta que la globalización ha cambiado los procesos mediante los cuales se ejerce la gobernación para enfrentar los problemas claves globales respecto al medio ambiente y el desarrollo. La globalización no sólo ha revolucionado la tecnología de la comunicación, tanto para los medios sino también para la sociedad civil, de manera tal que el conocimiento y la información (incluyendo la desinformación) puede viajar por todo el globo en materia de segundos a todo tipo de receptores, incluyendo receptores no deseados. Esto ha facultado la sociedad civil a convertirse en un actor clave en la gobernación global y a insistir que se establezcan medidas a nivel mundial para tratar los problemas percibidos. La gobernación ya no está limitada a aquellos formalmente en el poder, con un boleto para volar a la Conferencia de Gobernación de las Naciones Unidas. La gobernación se ha abierto a todos aquellos accionistas que decidan engancharse a la tecnología para influenciar la política global. Un ejemplo de esto es el papel de la sociedad civil global para lograr parar la progresión en el Convenio Multilateral de Inversiones.

Como resultado hay un desplazamiento de la ubicación del poder de la toma de decisiones centrada en el estado (excepto quizás en casos de alta política) a órganos supranacionales y órganos gubernamentales menores, a tribunales, la prensa y la sociedad civil. No sólo eso, dentro de la esfera tradicional del ínter gubernamentalismo y las negociaciones intergubernamentales, están ocurriendo desarrollos rápidos como el desarrollo del proceso normativo interaccionar que va a tomar de sorpresa a muchos abogados experimentados y a conservadores; mientras que el surgimiento de iniciativas para involucrar al sector privado en los tratados ambientales puede conducir a un matrimonio inseguro entre el derecho internacional público y privado.

En el proceso, las nuevas interacciones de gobernación son visibles. Los estudios, el cambio climático y la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible muestran las permutaciones y combinaciones de las

77. Cuando uno observa si tales esquemas son compatibles con el derecho del comercio, uno necesita en particular observar Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio y subsecuentemente la Organización Mundial del Comercio y las nuevas Barreras Técnicas al Acuerdo de Comercio y su Código de Buena Conducta. Esto es una cuestión que tiene muchas incertidumbres legales. Sin embargo, a pesar de las incertidumbres, uno puede argumentar que los esquemas de clasificación pueden ser propensas a las provisiones de las Barreras Técnicas al Acuerdo de Comercio.

interacciones que están ocurriendo. En base a los antecedentes, el asunto de los proyectos de clasificación y certificación del sostenimiento iniciados por actores no gubernamentales ha sido discutido. Esto va más allá de los tipos tradicionales de proyectos y una forma paralela de gobernación que intenta desafiar el íter gubernamentalismo tradicional justificando este ataque en los fundamentos de la pureza del motivo, la protección de los seres humanos y el medio ambiente. La pregunta es: ¿Será ésta una tendencia de corta vida que no se sostendrá en los tribunales si resulta estar en conflicto con el derecho comercial existente? o ¿Es ésta una señal de las cosas por venir?