

EL PROYECTO DE DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL COMO SÍMBOLO DE UNA RETÓRICA COSMOPOLITA ¿WESTFALIANA?

THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S DRAFT GUIDELINES ON ATMOSPHERE PROTECTION AS A SYMBOL OF A "WESTPHALIAN" COSMOPOLITAN RHETORIC

Ander GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD*

Resumen: La aprobación del Proyecto de Directrices para la Protección de la Atmósfera por la CDI en 2021, supuso un tímido paso en relación con este objeto de protección. La falta de estudios doctrinales sobre los debates y el texto resultante, obliga a un análisis pausado respecto a las expectativas originales, las fricciones interestatales entre borradores, y un resultado marcado por la falta de ambición y los restrictivos límites impuestos al trabajo de la CDI. El estudio de este proceso sirve para analizar las nuevas formas de creación de normas globales, frecuentemente vagas, y la emergencia de conceptos como interés público global, como impulso al Derecho internacional en un momento de retirada del multilateralismo. Sin embargo, un cosmopolitismo excesivamente suave, que se centre más en la retórica que en la juridicidad, puede desembocar, como podría ser este caso, en instrumentos internacionales necesarios, pero incapaces de condicionar el comportamiento estatal. De esta forma, este texto demuestra los límites de un cosmopolitismo excesivamente suave, frente al más ambicioso capaz de crear nuevas normas globales.

Palabras clave: Atmósfera, Normas Globales, Derecho Internacional del medio ambiente, Cosmopolitismo, *Soft Law*, Interés público Global

Abstract: The approval of the Draft Guidelines for the Protection of the Atmosphere by the CDI in 2021 represented a timid step regarding this object of protection. The lack of doctrinal studies on the debates and the resulting text necessitated a careful analysis of the original expectations, the interstate frictions between drafts, and a result marked by a lack of ambition and the restrictive limits imposed on the work of the CDI. Studying this process helps to analyze the new ways of creating global norms, which are often vague, and the emergence of concepts such as global public interest as a driving force for International Law in a moment of retreat from multilateralism. However, an excessively soft cosmopolitanism, which focuses more on rhetoric than on legality, could lead, as might be this case, to international instruments that are necessary but incapable of conditioning state behavior. In this way, this text demonstrates the limits of an excessively soft cosmopolitanism, compared to a more ambitious one capable of creating new global norms.

Keywords: Atmosphere, Global Norms, International Environmental Law, Cosmopolitanism, Soft Law, Global Public Interest

* Profesor agregado Derecho Internacional Público, Universidad del País Vasco (ander.gutierrez-solana@ehu.eus). Este trabajo se ha realizado como parte del Proyecto de I+D+i del Ministerio de Innovación, Ciencias y Universidades, 3061 PID2022-141536NB-I00 DER "Las normas de interés público global en el siglo XXI y como miembro del Grupo de Investigación Consolidado, reconocido por el Gobierno Vasco "Un nuevo modelo de gobernanza empresarial sostenible en la era de la internacionalización y la digitalización" (IT 1630-22).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. PRIMEROS OBSTÁCULOS AL PROYECTO DE DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA 2.1. El “Entendimiento” de 2013 2.2. La fragmentada protección de la atmósfera en el Derecho Internacional 3. CONTENIDO DEL PROYECTO DE DIRECTRICES Y LAS RETICENCIAS ESTATALES 3.1. Preámbulo 3.2. Directrices 1 y 2: Términos empleados y ámbito de aplicación 3.3. Directriz 3: obligación de proteger la atmósfera 3.4. Directrices 4 y 5: evaluación del impacto ambiental, y utilización sensible de la atmósfera 3.5 Directrices 6 y 7: utilización equitativa y razonable de la atmósfera, y modificación deliberada a gran escala de la atmósfera 3.6. Directrices 8 y 9: cooperación internacional e interrelación entre las normas pertinentes 3.7. Directrices 10 y 11: aplicación y cumplimiento 3.8 Directriz 12: arreglo de controversias 4. EL PROYECTO DE DIRECTRICES COMO EJERCICIO RETÓRICO COSMOPOLITA 4.1. La protección de la atmósfera como ¿interés público global? 4.2. El proyecto como catálogo de expectativas a la baja, no como norma global 5. REFLEXIONES FINALES: EL COSMOPOLITISMO *SOFT* COMO FRENO AL CAMBIO INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN

La configuración del sistema normativo internacional del Siglo XXI se ve, a menudo, confrontada a dos de las características que definen la propia Comunidad internacional actual: la persistencia del Estado soberano como sujeto de derecho principal y eje del sistema sobre el que pivotan los demás actores y los procesos normativos clásicos, por una parte y, por otra, el creciente rol jugado por otros actores (no estatales y/o supraestatales) y la consolidación de la percepción de que existen intereses comunes que deben ser gestionados con un espíritu multilateralista y con una cierta concepción ética de la realidad internacional. Esta dicotomía, esta tirantez entre pretéritas formas de actuación y la consolidación de nuevas formas, ha sido definida como la “tensión cosmopolita”¹ que surge entre las tendencias clásicas de los Estados, *Westfalia*, y las dinámicas más cosmopolitas y globales, una suerte *Worldfalia*.²

Si bien pudo intuirse una dinámica más globalista en el final del siglo anterior, es necesario reconocer que la comunidad internacional está viviendo una suerte de retraimiento del multilateralismo y que las dinámicas cosmopolitas parecen haber perdido parte de su fuerza inicial. La recuperación de la defensa de la soberanía como eje discursivo de grandes Estados, así como las críticas a una visión cosmopolita excesivamente cercana a ideologías neoliberales e intereses occidentales³, han cuestionado la fuerza de los nuevos procesos de relación entre actores internacionales y del propio proceso de construcción de normas.

¹ GARCIA SEGURA, Caterina (dir.), *La tensión cosmopolita*, Barcelona, Tecnos, 2016.

² RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., “Entre Westfalia y Worldfalia: la comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica”, en GARCIA SEGURA, Caterina (dir.), *La tensión cosmopolita*, Barcelona, Tecnos, 2016, pp. 23-24.

³ Véanse: PARMAR, Inderjeet, “The U.S.-led liberal order: imperialism by another name?” *International Affairs*, vol. 94, 2018, núm. 1, pp. 151-172 y BUCHANAN, Ruth y PAHUJA, Sundhya, “Collaboration, Cosmopolitanism and Complicity”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 71, 2002, núm. 2, pp. 297-324.

Bajo estas premisas, el cosmopolitismo muta y renuncia al ideal de una gobernanza global que responda a los desafíos universales, para convertirse en una modalidad *soft* que subraya los intereses comunes de los Estados, sin amenazar ni el orden establecido sobre premisas liberales, ni el estatocentrismo del sistema internacional.⁴ Así, esta tensión cosmopolita puede estar conformando un nuevo tablero de juego que conjugue las dinámicas históricas de *Westfalia*, la importancia del Estado y el respeto a la soberanía, con los presupuestos principales de *Worldfalia*, la pluralidad de actores y el trabajo multilateral sobre intereses compartidos o bienes comunes.

Para analizar en la práctica estos procesos y tensiones, es necesario realizar diversos estudios empíricos que sirvan para analizar la fuerza o debilidad del cosmopolitismo *soft*, la consolidación del orden liberal y el impacto sobre los procesos de creación de normas de esta aproximación suave al cosmopolitismo. En algunos casos, las tesis cosmopolitas avanzan, con las limitaciones propias del momento actual, y construyen nuevas normas internacionales que van reforzando la defensa de los intereses identificados como comunes. Sobre estos avances, mucho se ha escrito sobre las potencialidades del Acuerdo de París⁵ y otros textos de derecho ambiental fuertemente *soft*⁶, o el reciente Acuerdo sobre la Biodiversidad Más Allá de la Jurisdicción Nacional, o Tratado de los Océanos, que entró en vigor en enero de 2026 (con un contenido más vinculante y clásico).⁷

En el presente estudio se analizará el proceso de propuestas, debate y aprobación final en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) del Proyecto de Directrices sobre la Protección de la Atmósfera (PDPA). Como se verá, desde la aprobación en la CDI del “Entendimiento” de 2013 que fijaba las condiciones para su redacción, hasta su definitiva aprobación en julio de 2021, el proyecto, y las discusiones ente diferentes Estados, han demostrado la resistencia estatal a conformar nuevas prácticas, obligaciones o normas de

⁴ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “La creación de normas globales: entre el cosmopolitismo soft y el resurgir de Westfalia” *ORBIS Working Paper*, vol. 8, 2019, pp. 5-6.

⁵ Ver: SALINAS ALCEGA, Sergio, “El esfuerzo de mitigación en el marco del Acuerdo de París: Una visión crítica de la efectividad, presente y futura, de la cooperación climática global” en CARRO PITARCH, María (dir.), *Desafíos medioambientales de la Unión Europea: La lucha contra el cambio climático y la conservación de la biodiversidad*, Madrid, Colex, 2026, pp. 17-44 y RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., “El Acuerdo de París sobre el cambio climático: un nuevo tipo de tratado de protección de intereses generales” en BORRÁS PENTINAT, Susana y VILLAVICENCIO CALZADILLA, Paola Milenka (eds.), *El Acuerdo de París sobre el cambio climático: ¿un acuerdo histórico o una oportunidad perdida?: análisis jurídico y perspectivas futuras*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 69-98.

⁶ GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “Las potencialidades del carácter “soft” del régimen internacional de protección del medio ambiente”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIV, 2025, núm., 1, pp. 1-44.

⁷ CARRO PITARCH, María, “La aprobación de la Unión Europea de la ratificación del Acuerdo sobre la diversidad biológica marina de las zonas fuera la jurisdicción nacional (Acuerdo BBNJ)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 128, 2024.

conducta, priorizando intereses individuales y una visión, liberal⁸, de la atmósfera como parte del mercado y los recursos a explotar económicamente.

La necesidad de estudiar este instrumento es doble. Por una parte, es un novedoso objeto de estudio al no existir, prácticamente, instrumentos jurídicos internacionales que regulen específicamente la protección de la atmósfera⁹ ni, y esto es en sí mismo relevante, estudios doctrinales sobre el texto final aprobado o los debates interestatales en torno a los diferentes borradores. Desde el punto de vista del estudio de las nuevas formas de creación de normas globales, por otra parte, el texto podría ser clasificado como una expresión de procesos normativos de *soft law*¹⁰, en tanto en cuanto pretenderían condicionar comportamientos aun no generando nuevas obligaciones jurídicas y marcar la existencia de un interés colectivo común que requiere prácticas multilaterales para su gestión. En momentos de alta renuencia a los grandes compromisos, el *soft law* permite mecanismos de *bottom up*, marcando el comportamiento interno de los Estados su compromiso en el ámbito internacional.¹¹

Así, este caso es susceptible de confirmarse como prueba de la utilidad de un cosmopolitismo *soft*¹² en tanto en cuanto impulsaría nuevas formas cooperativas de protección de bienes comunes y la emergencia de nuevas formas de normas globales¹³. *A sensu contrario*, el estudio puede concluir que el instrumento final se ha basado en un procedimiento eminentemente estatal, en el que el interés común no pasaba del ámbito discursivo, sin la participación de otros actores y con un contenido sustantivo endeble que no condiciona el comportamiento de los Estados, ni modifica el orden internacional liberal descartando, incluso, su carácter de norma de derecho blando. Así, serviría, en ese caso, para apuntar hacia una suerte de utilización de las propuestas cosmopolitas para consolidar una vuelta a las prácticas westfalianas. En definitiva, el estudio de este novedoso texto debe servir para conocer si cumple unos mínimos de “expectativas normativas”¹⁴ que sirvan de empuje hacia una norma posterior o si, por el contrario, se desconecta del ámbito jurídico internacional y ha quedado como una propuesta eminentemente doctrinal.

⁸ ACHARYA, Amitav, “After Liberal Hegemony: The Advent of a MultiplexWorld Order”, *Ethics & International Affairs*, vol. 31, 2017, núm. 3, pp. 22-273.

⁹ SAND, Peter H., “The discourse on ‘protection of the atmosphere’ in the International Law Commission”, *RECIEL*, vol. 26, 2017, pp. 203-204.

¹⁰ SHELTON, Diana, “Soft law” en ARMSTRONG, David (ed.), *Handbook of International Law*, Oxon, Routledge, 2008, pp. 68-69.

¹¹ FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático: 50 años después de la declaración de Estocolmo*, Madrid, Dykinson, 2024, p. 76.

¹² GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo y Rodrigo, Ángel J., “The Paradox of Global Norms”, *SYBIL*, vol. 25, 2021, p. 95.

¹³ *Ibidem*, p. 93.

¹⁴ FAJARDO, Teresa, “Biodiversidad y civilización ecológica en el aniversario de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIII, núm. 2, 2022, p. 16, <https://doi.org/10.17345/rcda3416>.

2. PRIMEROS OBSTÁCULOS AL PROYECTO DE DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN DE LA ATMÓSFERA

La tensión aquí comentada apareció en los debates de la CDI sobre la atmósfera, desde su inicio. Así, en su 65.º periodo de sesiones en 2013 se decidió, con ciertas dudas, incorporar a su plan de trabajo la cuestión sobre la “Protección de la atmósfera”, iniciando por tanto un lento proceso de normativización¹⁵, nombrando un Relator Especial, el profesor Shinya Murase¹⁶, y sobre la base de un “Entendimiento” que marcaba el trabajo a realizar por el mismo.

2.1. El “Entendimiento” de 2013

Ciertamente, ha sido la primera vez que la CDI decidía ocuparse de un Bien Común mediante un Entendimiento de este tipo, que tiene un componente, en sí mismo, regresivo.¹⁷ Al mismo tiempo, esta calificación de Bien Común implicaba un reconocimiento de su carácter externo, física y jurídicamente, a las jurisdicciones de los Estados.¹⁸

Este Entendimiento es una fórmula de limitación del trabajo del relator notablemente extraña, en tanto en cuanto coarta la posibilidad de estudio libre y con criterios científicos y jurídicos del encargado de estudiar un determinado tema. Esta obstaculización de la labor del Relator Especial fue criticada, teniendo en cuenta que es la primera vez que ocurre, por diferentes miembros de la Comisión que lo consideraron “lamentable, pues aparta a la Comisión de sus métodos de trabajo tradicionales e impone una serie de condiciones que coartan la libertad del Relator Especial para investigar un tema antes siquiera de haber empezado a trabajar en él”¹⁹; “inquietante”²⁰; o una “espada de Damocles”²¹ sobre los trabajos de la misma Comisión y el relator. Para el propio señor Murase, este Entendimiento tenía un carácter “humillante”²².

Otros miembros de la CDI²³, sin embargo, consideraron que el respeto al Entendimiento era necesario y debía ser seguido escrupulosamente. No sien-

¹⁵ GALEA, Ion, “Commentaries regarding the Activities of International Bodies in the Field of International Law. The Work of the International Law Commission related to environmental Issues”, *Revista Română de Drept Internațional*, n.º 22, 2019, p. 66.

¹⁶ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 65.º periodo de sesiones, (A/68/10), p. 123.

¹⁷ ORAL, Nilüfer, “The International Law Commission and the Progressive Development and Codification of Principles of International Environmental Law”, *FIUL Rev.*, vol. 13, 2019, núm. 6, pp. 1095-1096.

¹⁸ MEJÍA, Henry Alexander, “La protección jurídica administrativa de la atmósfera y cambio climático”, *Revista de Direito Econômico e Sociambiental*, vol. 5, 2014, núm 2, p. 36.

¹⁹ CANDIOTI, Enrique, A/CN.4/SR.3212

²⁰ PETER Chris M., A/CN.4/SR.3212

²¹ PETER Chris M., A/CN.4/SR.3247

²² MURASE Shinya, A/CN.4/SR.3213

²³ HASSOUNA Hussein A. y STURMA, Pavel A/CN.4/SR.3247

do una división exacta, el Entendimiento surge de la oposición de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad a que el tema fuera siquiera tratado por la CDI argumentando que no parecía el foro adecuado al existir negociaciones interestatales sobre algunos de esos aspectos o que podía esconder una pretensión de consolidar una nueva obligación *erga omnes*.²⁴

El contenido de este “Entendimiento” implicaba que pese a ser considerado necesario el estudio jurídico de la regulación y las, posibles, obligaciones internacionales existentes o en proceso de consolidación sobre la protección de la atmósfera, el objeto de estudio estaría, como así ha ocurrido, ciertamente limitado materialmente, condicionando *de facto* el resultado final del proyecto de directrices.

Estos límites a la labor de la CDI se diseñaron de forma que:

“a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual.”²⁵

Nótese cómo, en este primer límite al trabajo de la CDI el Entendimiento sitúa el texto resultante, antes siquiera del inicio del estudio, al margen de lo que se había denominado hasta ese momento, la normativa internacional de protección de la atmósfera, basada en tres regímenes jurídicos diferenciados: la lucha contra contaminación, la protección de la capa de ozono o el cambio climático.²⁶ Asimismo, lo desvincula de algunos de los principios básicos del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA), reconocidos desde Estocolmo o Río.

El texto de este Entendimiento no se conforma con esta primera limitación, sino que insiste con este inédito recorte competencial:

“b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de “llenar” lagunas en los regímenes convencionales.

c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formen parte del tema.

²⁴ SAND, Peter H, “Climate Law and Its Skeptics: wither Protection of the Atmosphere?”, *Environmental Policy and Law*, vol. 51, 2021, pp. 6-7.

²⁵ CDI, *op. cit.*, (A/68/10), párr. 168.

²⁶ GILES CARNERO, Rosa, “La Conferencia de Estocolmo y el impulso a la protección jurídica internacional de la atmósfera: de lo transfronterizo a lo global”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. XIII, 2022, núm. 2, p. 5.

d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos.”²⁷

Como puede comprobarse, el contenido de este Entendimiento ha marcado la labor del Relator especial hasta el punto de que los diferentes proyectos de directrices fruto de su trabajo han estado definidos por una cierta vaguedad que han marcado la relevancia e impacto del resultado final. Para ciertos Estados, estas limitaciones tenían un contenido “político” y dejaban los objetivos del propio proyecto poco precisos.²⁸ Para otros Estados, ése es precisamente el mayor logro del trabajo del Relator.

Puede notarse, en esta primera aproximación a la cuestión, la constante y originaria tensión entre una propuesta, cosmopolita, de formulación de nuevas normas globales, entendidas como mecanismos de fijación del comportamiento de los Estados; y una actitud de muchos Estados, singularmente los más poderosos, que, con argumentaciones ciertamente westfalianas, protegen su ámbito soberano particular²⁹ y niegan la posibilidad de ver su conducta modificada por una nueva norma global.

2.2. La fragmentada protección de la atmósfera en el Derecho Internacional

Los trabajos de la CDI para la protección de la atmósfera se enmarcan, qué duda cabe, en un Derecho internacional del medio ambiente en formación, fragmentado, impreciso, que persigue a la vez afrontar una urgencia humana y humanitaria con la protección de los intereses y la soberanía de los Estados. Así, “en el Derecho internacional del medio ambiente no existe un marco normativo general único que establezca normas y principios que puedan considerarse de aplicación general”³⁰, lo que dificulta la armonización de los regímenes específicos. Existen, sin embargo, unos principios compartidos que informan “una teoría de Derecho internacional ambiental como sistema legal emergente en constante interacción con el Derecho internacional general y otros sistemas legales”³¹. Históricamente, de hecho, el derecho internacional del medio ambiente conjuga instrumentos de *hard* y *soft law* con un protagonismo creciente de la CDI³² en la identificación y desarrollo de las normas resultantes.

²⁷ CDI, *op. cit.*, (A/68/10), párr. 168.

²⁸ CDI, *Sexto Informe del Relator Especial*, Sr. Murase, A/CN.4/736, 11 de febrero 2020, párr. 16.

²⁹ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo y Rodrigo, Ángel J., “The Paradox”, *op. cit.*

³⁰ Informe del Secretario General ONU, A/73/419, “Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente”, 30 de noviembre de 2018, p. 1

³¹ FAJARDO, Teresa, “Environmental law principles and general principles of international law”, en KMER, Ludwig y ORLANDO, Emanuela (eds.), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 47, DOI: <https://doi.org/10.4337/9781785365669.VI.3>

³² ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1076.

Pese a las limitaciones marcadas por el Entendimiento de 2013, puede afirmarse que el Redactor Especial cumplió con su compromiso, en tanto en cuanto presentó, entre 2013 y 2021, seis informes diferentes. El resultado fue la aprobación por la CDI en 2018, en primera lectura, de un proyecto de doce Directrices con su preámbulo³³ y comentarios, así como un nuevo proyecto aprobado por el Comité de Redacción en 2021³⁴ tras la presentación del sexto³⁵, y último informe del relator. De esta forma, el 27 de mayo la Comisión aprobó definitivamente el Proyecto de Directrices con su preámbulo³⁶. Asimismo, el 29 de julio aprobó el traslado del proyecto a la Asamblea General ONU para que “tome nota” en una futura resolución, ofreciendo así mayor difusión al mismo³⁷. Es significativo, en este sentido, que el texto final aprobado por la Comisión adopta en su totalidad y sin modificaciones el texto presentado por la Comisión de Redacción.

Nótese, como se decía *supra*, que el Entendimiento de 2013 es fruto de los conflictos en la Comisión dada la aparición de intereses, valores y ambiciones muy diferenciadas entre los diferentes Estados³⁸, poniendo sobre la mesa el principal interrogante de este trabajo, a saber, si la comunidad de Estados realmente considera un Bien Público Internacional la protección de la atmósfera, como hacen la mayoría de los Estados que han participado en los debates,³⁹ y apuesta por la construcción de normas globales sobre la cuestión o, al contrario, se conforma con mantenerlo en el ámbito discursivo y en el ámbito de negociaciones interestatales, fragmentadas en diferentes ámbitos de la cuestión, como prefieren especialmente algunos de los Estados considerados poderosos⁴⁰.

Sobre el propio contenido, alcance y efecto de este proyecto de directrices, diferentes Estados han venido a señalar en sus comentarios que no introducen “elementos jurídicos innovadores”⁴¹, que suponen “orientaciones”⁴² o que no han cambiado el contenido abstracto y rudimentario del Derecho interna-

³³ CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 70.º período de sesiones, (A/73/10), p. 123.

³⁴ CDI, *Propuesta del Comité de Redacción en segunda lectura*, A/CN.4/L.951, 15 de mayo 2021.

³⁵ CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*

³⁶ Y, entre el 27 y el 29 de julio de 2021, aprobó los comentarios que acompañan al mismo (CDI, *op. cit.*, (A/76/10), pp. 9-10)

³⁷ Ver: Acta provisional de la 3354.º reunión CDI, A/CN.4/SR.3554

³⁸ MAYER, Benoit, “A Review of the International Law Commission’s Guidelines on the Protection of the Atmosphere”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 20, 2019, núm. 2, p. 8.

³⁹ Con diferente terminología, son de esta opinión, a juzgar por sus comentarios al Proyecto de Directrices aprobado en primera lectura por la CDI en 2018, Países Bajos, Bélgica, Argentina, Portugal o Estonia. CDI, *Comentarios y observaciones recibidos de Gobiernos y Organizaciones internacionales al proyecto de Directrices*, A/CN.4/735, 11 febrero 2020,

⁴⁰ MAYER, Benoit, *op. cit.*, pp.11-12.

⁴¹ CDI, *Comentarios y observaciones*, *op. cit.*, párr. 12, comentarios de Chile.

⁴² *Ibidem*, párr. 12, comentarios de Tonga.

cional sobre esta cuestión pudiendo suponer, a lo sumo “cláusulas modelo”⁴³ o subrayando, incluso, su posible carácter “problemático”⁴⁴.

En cualquier caso, el Sexto Informe del Relator Especial aclara que este proyecto no tiene por objetivo convertirse ni sustituir ninguna norma convencional. Al contrario, su objetivo es “reafirmar y aclarar normas de Derecho internacional relevantes. Así pues, es una contribución a la labor de desarrollo progresivo y de codificación del Derecho internacional”⁴⁵.

Para Benoit Mayer⁴⁶, sin embargo, en lugar de aprovechar la independencia de la CDI, el Relator aceptó las presiones surgidas de intereses nacionales y de debates políticos, reforzando de esta forma los intereses estatales, fallando al principal objetivo que tenía, el desarrollo de una norma común que afronte una amenaza colectiva en su afección a un Bien Común. En este sentido, tal vez haya olvidado la CDI que no es un órgano académico o legislativo, sino que es el órgano con autoridad reconocida “compuesto por reconocidos expertos en Derecho internacional provenientes de diferentes regiones del mundo y representando diferentes perspectivas y tradiciones jurídicas”⁴⁷ con una legitimidad incuestionable⁴⁸.

La metodología seguida tampoco se ha ajustado a los conocimientos técnicos y científicos previos⁴⁹ y ha minusvalorado y minimizado, precisamente siguiendo escrupulosamente lo que el Entendimiento le había marcado, el *corpus* jurídico que había abordado la cuestión de la protección de la atmósfera desde diferentes ámbitos. En efecto, los avances sobre la cuestión centraban esta tarea en tres materias: la contaminación transfronteriza, la protección de la capa de ozono y la lucha contra el cambio climático⁵⁰.

Obviamente, la protección de la atmósfera se haya indisolublemente vinculada a la lucha contra el cambio climático y forma, o formará, parte del DIMA. Sin embargo, como se ha dicho, el Entendimiento de 2013 expresamente prohíbe al relator interferir en el proceso de construcción de normas globales que aborden el cambio climático. De esta forma, este PDPA de la CDI se queda al margen, al parecer, de los principales instrumentos de lucha contra los peores efectos del cambio climático, régimen en construcción conformado por la Convención Marco contra el Cambio Climático de 1992⁵¹, el

⁴³ *Ibidem*, párr. 15, comentarios de Eslovaquia.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 15, comentarios de Estados Unidos.

⁴⁵ CDI *Sexto Informe op. cit.*, párr. 101.

⁴⁶ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁷ ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1099.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ MAYER, Benoit, *op. cit.*, nota 26.

⁵⁰ Sobre esta labor de protección tangencial de la atmósfera mediante instrumentos convencionales ver: CASTILLO DAUDI, Mireya, “La protección internacional de la atmósfera: de la contaminación transfronteriza al cambio climático”, *Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz = Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide ikastaroak*, núm. 1, 1995, pp. 111-154

⁵¹ En vigor desde 1994.

Protocolo de Kyoto de 1997⁵², y el Acuerdo de París de 2015⁵³. Este proyecto de directrices excluye también expresamente normas que regulan la utilización de sustancias peligrosas para la atmósfera como el Convenio de Minamata sobre el Mercurio de 2013⁵⁴, así como normas para la protección de la capa de ozono como el Convenio de Viena de 1985 de Protección de la Capa de Ozono⁵⁵, el Protocolo de Montreal a este convenio de 1987⁵⁶ o la Enmienda Kigali de 2016 que pretende un control colectivo de sustancias dañinas para esta capa protectora⁵⁷.

Es difícil, con tan poca ambición, aventurar que este proyecto pueda ser considerado norma global, incluso en el sentido menos estricto y jurídico de las mismas, pues no parece llegar al estadio de “códigos de conducta esperada” por los miembros de la comunidad internacional, ni tan solo por los actores estatales⁵⁸, ni pretenden ser mecanismos de difusión o cambio de normas nuevas o preexistentes.⁵⁹ En este sentido, la propia Comisión afirma:

“La Comisión, mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, se propone elaborar directrices que puedan ayudar a la comunidad internacional al abordar cuestiones esenciales relativas a la protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Al hacerlo, la Comisión no desea interferir en negociaciones políticas relevantes, como las relativas a la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, la disminución de la capa de ozono y el cambio climático, ni pretende “llenar” lagunas de los regímenes convencionales o imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos”⁶⁰

La lucha contra la contaminación atmosférica, también carece de una regulación internacional general, sea de origen convencional o consuetudinario y, por tanto, se enfrenta a un “estado de fragmentación que se traduce en deficiencias importantes en la cobertura geográfica, las actividades y sustancias reguladas y, lo que es más importante, los principios y normas aplicables”⁶¹. Es cierto que existe un referente convencional, el Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia⁶² y sus protocolos posteriores, pero ni ha logrado ser un marco general, ni

⁵² En vigor desde 2005 hasta el 2012. La enmienda de prolongación de sus efectos está en vigor desde diciembre de 2020

⁵³ En vigor desde 2016.

⁵⁴ En vigor desde 2017.

⁵⁵ En vigor desde 1988.

⁵⁶ En vigor desde 1989.

⁵⁷ En vigor desde 2019

⁵⁸ KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, “From Santiago to Seattle: Transnational Advocacy Groups” en KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn (eds.), *Reshaping World Politics*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2002, p. 14 (traducción propia).

⁵⁹ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “La creación de normas...”, *op. cit.*, p. 4

⁶⁰ CDI, *op. cit.*, (A/73/10), párr. 78.2

⁶¹ Informe Secretario General ONU, *op. cit.*, p. 19

⁶² Hecho en Ginebra (Suiza) el 13 de noviembre de 1979

ha tenido mayor desarrollo desde 1999⁶³. De ahí la necesidad, si realmente se pretende afrontar la creación de un régimen internacional específico dentro del Derecho internacional del medio ambiente, de una norma global sobre la atmósfera que sea reconocida universalmente, coordine los instrumentos existentes y recoja claramente las obligaciones de los Estados.

Al contrario, las interpretaciones del proyecto de Directrices sobre el derecho internacional aplicable al medio y al cambio climático son tan “incompletas como, a menudo, regresivas”⁶⁴. De hecho, en su propuesta final de informe con sus comentarios, la CDI recoge el debate surgido respecto al Entendimiento de 2013 y rebaja aún más el ámbito de aplicación material del proyecto, minimizando su capacidad de unificar el Derecho internacional del medio ambiente:

“La Comisión, mediante el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, se propone elaborar directrices que puedan ayudar a la comunidad internacional al abordar cuestiones esenciales relativas a la protección transfronteriza y mundial de la atmósfera. Al hacerlo, la Comisión, con arreglo al Entendimiento alcanzado en 2013, no pretende interferir en negociaciones políticas relevantes ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios que no figuren ya en ellos.”⁶⁵

No parece que el resultado final cumpla las expectativas del Informe del Secretario General ONU cuando afirmaba que este proyecto de la CDI “pretende reconocer la existencia de una obligación jurídica internacional de proteger la atmósfera”⁶⁶. Una expectativa, tal vez cosmopolita, pero refutada por el resultado final, de marcado carácter estatocéntrico. No se ha cumplido, como se verá, con la expectativa de construcción de una norma de *soft law* que pudiera ser complementada, posteriormente, con instrumentos de *hard law* cuya aplicación se compruebe con mayor rigor⁶⁷.

El efecto que podría tener, en cambio, el reconocimiento de los principios enunciados en este proyecto por un órgano como la CDI, tiene una importancia crucial para el desarrollo del Derecho internacional y no debería ser minimizado por la propia Comisión⁶⁸, tal y como ha sucedido. En este sentido, si bien no hay, un avance significativo en ninguno de los ámbitos materiales del PDPA, sí puede vislumbrarse una cierta predisposición a aceptar el principio de la obligación, moral, cosmopolita y global, de proteger la atmósfera. Reconocimiento sobre un principio, novedoso, que puede ser el germen de una futura norma, toda vez que es posible la emergencia de nuevos principios

⁶³ GILES CARNERO, Rosa, *op. cit.*, pp. 7-12.

⁶⁴ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ CDI, *Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 72.º período de sesiones*, A/CN.4/L.944/Ad.1, p.5.

⁶⁶ Informe Secretario General ONU, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷ CASTILLO DAUDI, Mireya, *op. cit.*, p. 154.

⁶⁸ ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1100.

compartidos que no dispongan de una norma que los desarrolle⁶⁹, pudiendo ser este el inicio de la “cascada normativa”⁷⁰ que desembocara en una nueva norma global. Asimismo, posteriores decisiones de tribunales internacionales, como se verá, han venido a reforzar la existencia de esta obligación y, por tanto, a contradecir en parte al propio Proyecto de Directrices o, en cualquier caso, a los estados que limitaron su ámbito material y su ambición.

3. EL PROYECTO DE DIRECTRICES Y LAS RETICENCIAS ESTATALES

En este apartado se abordará el contenido de los Proyectos de Directrices⁷¹, junto al Sexto Informe del relator, las aportaciones y solicitudes de los Estados y OII participantes, así como las modificaciones realizadas que han desembocado en el texto final. Como se verá, tanto en el trabajo del relator como en las propuestas de la CDI o los Estados, no aparecen menciones a otros actores de la sociedad internacional, desvinculándose así también de la pretensión cosmopolita de “restablecer la congruencia”⁷² entre los creadores de normas internacionales y los destinatarios. En este sentido, todos los debates sobre el texto final reflejan la tensión cosmopolita entre quienes aspiran a impulsar una nueva norma global⁷³ que proteja la atmósfera (el relator de la CDI, el SG de la ONU y algunos Estados), y quienes niegan toda posibilidad de generar nuevos marcos normativos sobre bienes comunes (otros Estados, especialmente potencias).

3.1. Preámbulo

El preámbulo del proyecto de Directrices⁷⁴ aprobado en julio de 2021 es más breve que el aprobado en 2018, tal y como sugería el Relator en su Sexto informe⁷⁵ y contiene asimismo ciertas modificaciones relevantes respecto a la redacción planteada por éste.

Respecto a las modificaciones más evidentes en comparación con el borrador aprobado por la CDI en 2018⁷⁶, nótese la eliminación de cualquier mención al contenido del compromiso de 2013 previamente referido. En este sentido, se ha aplicado una técnica de economía normativa y aprovechado

⁶⁹ KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁷¹ El texto de 2018 con sus comentarios, la propuesta del Comité de Redacción y el Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional de 2021 con sus comentarios)

⁷² MARCHETTI, Raffaele, “Cosmopolitanism and global democratization” en DELANTY, Gerard (ed.), *Routledge Handbook of Cosmopolitan Studies*, Oxon, Routledge, 2012, p. 353.

⁷³ RODRIGO, Ángel J., “Las normas de interés público en el Derecho internacional”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2024, 2025*, pp. 273-329.

⁷⁴ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), pp. 10-11.

⁷⁵ CDI Sexto Informe, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁶ CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 176.

para hacer desaparecer la propia polémica que las instrucciones de aquel Entendimiento habían supuesto.

Al margen de esta cuestión, el primer párrafo supuso el reconocimiento de la atmósfera como un “recurso natural, con una capacidad de asimilación limitada”, rechazando la redacción del Relator que proponía simplemente definirla como un “recurso natural limitado”⁷⁷, subrayando el interés de los Estados de seguir utilizando y “explotando” la atmósfera hasta, al menos, su límite de capacidad de asimilación y, por tanto, el punto de no retorno. Es esta una modificación a la baja, qué duda cabe, pero mejora el proyecto de 2018 que no definía siquiera la atmósfera como recurso natural⁷⁸.

Tal vez el debate más relevante haya sido el realizado en torno al segundo párrafo que afirma “tener presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera”⁷⁹. En su sexto informe, el señor Murase proponía el traslado de esta expresión a la definición de atmósfera de la Directriz n.º 1⁸⁰, tal y como habían solicitado varios Estados, si bien esto no se modificó en el texto final.⁸¹

El tercer párrafo implica dos cambios que, más que cosméticos o de redacción, reflejan de nuevo profundas diferencias sobre el alcance del texto tras los comentarios de la CDI y los Estados y Organizaciones internacionales (OII) partícipes del debate. En primer lugar, el proyecto ya no “reconoce” sino que “toma en consideración” que la contaminación y la degradación atmosférica son un problema. Esta modificación del término por parte del Comité de Redacción parece querer darle un valor menos rotundo y vinculante a la cuestión. En segundo lugar, y tras intensos debates, se modifica la definición de estos fenómenos que pasan de ser una “problema acuciante de la comunidad internacional en su conjunto”⁸² a una “preocupación común de la humanidad”, adaptándose así a la terminología ratificada casi de manera general en el Acuerdo de París de 2015 y al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992⁸³.

En este sentido, esta modificación tiene toda la lógica desde un punto de vista de sistematización del Derecho internacional si bien hace recaer el peso de la responsabilidad en la humanidad y no en la Comunidad de Estados. Es un poco más cuestionable la eliminación del término “acuciante” en tanto

⁷⁷ CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, p. 42.

⁷⁸ Este reconocimiento en el texto del preámbulo sigue la línea de otros instrumentos de Derecho internacional del Medio Ambiente, como reconocen los comentarios, tanto al proyecto de 2018, como al texto final de 2021. De hecho, la atmósfera es considerada, en todos ellos, como “El mayor recurso natural del planeta y uno de los más importantes”, véase, por ejemplo, el Comentario n.º1 del borrador de informe, p. 5

⁷⁹ CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 176.

⁸⁰ CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párrs. 30 y 42.

⁸¹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 11.

⁸² CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 176.

⁸³ CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párr. 31.

en cuanto no era incompatible con la fórmula consensuada en el Derecho internacional ambiental. Sin embargo, es aún más relevante la afirmación realizada en los comentarios al texto final cuando se incide en que “al mismo tiempo, se entiende que su inclusión (la de esta “preocupación”) no crea derechos y obligaciones que no figuren en el proyecto de directrices y, en particular, que no entraña obligaciones *erga omnes* en el contexto del PDPA, así como que debe interpretarse como un llamamiento a la acción y un medio para promover la cooperación internacional”⁸⁴. No parece, por tanto, que exista intención de consolidar nuevas obligaciones universales, formalizar códigos de conducta o marcar comportamientos internacionales. Parece, más bien, una llamada pública a la acción, sin mayores consecuencias al margen del discurso.

El séptimo párrafo, relativo a los intereses de las generaciones venideras, modifica también su expresión, y pasa a ser un reconocimiento en lugar de una observación, tal y como sugirió el Relator Especial⁸⁵. El último párrafo, en fin, supone la adaptación final a las otras eliminaciones del preámbulo para no repetir el contenido del Entendimiento de 2013. El resto de menciones y considerandos del preámbulo, hacen referencia, sin modificaciones ni graves discrepancias hasta el momento, a la relación entre la atmósfera y los océanos, la especial situación de países en desarrollo y países costeros ante el aumento del nivel del mar debido al cambio climático.

3.2. Directrices 1 y 2: Términos empleados y ámbito de aplicación

Los términos empleados y definidos en el proyecto de directrices son tres, a saber, atmósfera, contaminación atmosférica y degradación atmosférica:

“A los efectos del presente proyecto de directrices:

- a) Se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;
- b) Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o energía que contribuyan a producir efectos nocivos sensibles que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;
- c) Se entiende por “degradación atmosférica” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra.”⁸⁶

En lo que se refiere a estas definiciones, los diferentes textos se han mantenido casi sin modificaciones desde el inicio, siguiendo las nociones descritas

⁸⁴ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), Comentario 3 al preámbulo, p. 16.

⁸⁵ CDI *Sexto Informe, op. cit.*, anexo, párr. 33.

⁸⁶ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 11.

en diversos instrumentos convencionales⁸⁷ si bien, en la definición de atmósfera, no consolidada aún en instrumentos internacionales de rango jurídico⁸⁸, se ha optado por una definición científica, que referencia sus características físicas⁸⁹ o usos por el ser humano⁹⁰.

La definición de contaminación atmosférica, con una descripción poco discutida, no alude al transporte atmosférico de sustancias contaminantes⁹¹, aunque sí aborda indirectamente el elemento transfronterizo de la misma.

La noción de degradación atmosférica pretende abarcar otras afecciones graves a la atmósfera diferentes, tales como el cambio climático o la capa de ozono⁹². No puede aludirse a esto de manera directa, precisamente en cumplimiento del Entendimiento de 2013 que las dejaba fuera del ámbito de este proyecto. Para Mayer⁹³, en cualquier caso, una diferencia tan precisa como la presentada estaría únicamente justificada en caso de producir efectos jurídicos diferentes cada una, lo que no es el caso.

La mayor modificación en los trabajos preparatorios ha sido la de incluir el término “energía” en el punto 1.b para dar mayor amplitud y concreción material a las causas de la contaminación⁹⁴, permitiendo así, para el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) referirse al calor producido por esta, y el impacto derivado del mismo.⁹⁵ En todos los casos, tanto la contaminación como la degradación objeto de estudio tiene origen antropocéntrico⁹⁶, de ahí la mención al “hombre” en todos los casos⁹⁷.

La segunda directriz⁹⁸ del proyecto tiene por objetivo definir y concretar el ámbito de aplicación de estas directrices mientras marcan, en sus dos últimos apartados, sendas cláusulas de salvaguardia⁹⁹ que acotan, aún más su alcance. La última versión sufrió diversos recortes en sus diferentes versiones, siempre en cumplimiento estricto del Entendimiento, eliminando menciones a sustancias contaminantes como el carbono negro o la protección del ozono en un intento de minimizar ciertas repeticiones, no abordar de manera

⁸⁷ Véanse el *Convenio sobre Contaminación atmosférica Transfronteriza a Gran distancia*, Ginebra 13 de noviembre de 1979, Serie de Tratados de Naciones Unidas, vol. 1302, p. 217, o la Convención ONU sobre Derecho del Mar de 1982, (CNUDM), de 10 de diciembre de 1982, 1833 UNTS, 561.

⁸⁸ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 21.

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ CDI *Sexto Informe, op. cit.*, anexo, párr. 38.

⁹¹ CASTILLO DAUDI, Mireya, *op. cit.*, p. 119.

⁹² CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 187, punto 11.

⁹³ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁴ CDI *Sexto Informe, op. cit.*, anexo, párr. 39.

⁹⁵ *Obligations of States in respect of climate change and international law* (Case No. 31), Advisory Opinion, 2024, International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), párr. 163.

⁹⁶ CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 185, punto 6.

⁹⁷ Siendo ciertamente recomendable que la traducción al castellano utilizara la expresión, inclusiva en términos de género, “ser humano”, más cercano por otra parte al término original “humans”.

⁹⁸ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 11.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 25.

exhaustiva los diferentes elementos contaminantes y sustancias de doble impacto y para no interferir en otros textos ya vigentes.

Esto supuso, ya en los debates sobre el Proyecto de 2018, ciertas críticas por parte de algunos Estados¹⁰⁰ y OII por su falta de ambición. Es especialmente relevante la opinión del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) cuando afirmaba que “sigue sin estar claro cuál es la laguna que debe ser regulada.”¹⁰¹ Subrayando una impresión transversal al proyecto en su totalidad, una carencia de objetivos claros condicionados además por los límites impuestos en el Entendimiento.

Los dos segundos párrafos no son sino un subrayado de la poca y pobre definición de la atmósfera, que no queda siquiera delimitada en negativo, o de las cuestiones, cruciales para la atmósfera y que este proyecto no aborda. Puede ser, que pese a este trabajo de codificación realizado por el relator y la propia CDI, nunca de desarrollo del Derecho internacional, la falta de aportaciones y claridad incluso respecto a su ámbito de aplicación, mantengan el derecho atmosférico en el mismo lugar que en los últimos 30 años, a saber, como la ““Cenicenta” del Derecho internacional del medio ambiente”¹⁰².

3.3. Directriz 3: obligación de proteger la atmósfera

La tercera directiva es, desde una perspectiva material y de contenido jurídico, tal vez la más importante del PDPA. Si bien su redacción es breve, podría entenderse como el nacimiento de una nueva obligación internacional de resultado, como la cristalización de la *opinio iuris* de una nueva costumbre, como la evidencia de la necesidad de creación de esta nueva obligación o incluso el espaldarazo definitivo a su consideración como *erga omnes*. La concisión en la redacción de esta directriz se explica tanto desde el objetivo clarificador de la CDI, como desde la muestra del desacuerdo entre Estados respecto, incluso, a la existencia en ese momento de dicha obligación.

El texto final, no modificado ni tras las sugerencias de los Estados ni del propio Relator Especial¹⁰³ quedó de la siguiente manera:

“Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.”¹⁰⁴

¹⁰⁰ CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párrs. 41-42.

¹⁰¹ CDI, *Comentarios y observaciones*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰² CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰³ Que sugería la inclusión de la conjunción “y” en lugar del menos exigente “o”. Véase: CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párr. 52.

¹⁰⁴ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 11.

Lo más relevante de esta propuesta, en lo que aquí ocupa, es la interpretación de la misma como una propuesta de creación de nuevas obligaciones, una confirmación de las existentes, una invitación a un comportamiento específico o una exclamación, en términos cosmopolitas, de un nuevo principio común¹⁰⁵ que nos une en tanto que Humanidad y Comunidad internacional, pero que no tiene aún traducción normativa o jurídica global.

Así, mientras unos Estados propusieron modificar el borrador para resaltar la característica de obligación *erga omnes* y finalizar, por tanto, con las dudas suscitadas a este respecto¹⁰⁶, otros Estados negaban la existencia de una obligación internacional en este sentido¹⁰⁷ y otros, como Estados Unidos, subrayaban la falta de claridad del propio proyecto respecto a esta cuestión y el derecho existente.¹⁰⁸ Prueba de esta discrepancia es que los propios comentarios finales asumen que no existe consenso sobre la cuestión cuando dicen que “el proyecto de directriz se entiende sin perjuicio de que la obligación de proteger la atmósfera sea o no una obligación *erga omnes*”¹⁰⁹. Esta afirmación es muy relevante en tanto en cuanto, la CDI no sólo ha sido incapaz de zanjar esta cuestión en el articulado, sino que incluso en los comentarios, a menudo más atrevidos y clarificadores, tampoco opta por expresar su opinión.

La resistencia a aceptar como existente esta obligación tiene una lógica basada en el origen dubitativo del texto. La inexistencia previa de una obligación internacional general de proteger la atmósfera sólo podría cubrirse mediante una comprensión extensiva de que la soberanía estatal obliga a los Estados a proteger “su” atmósfera en el ejercicio de “sus” actividades y “sus” competencias soberanas. No hacerlo entonces, implicaría, indiciariamente, una posibilidad de responsabilidad internacional al afectar a ámbito soberano de otros Estados al no proteger un “todo” indivisible: la atmósfera.¹¹⁰ Esta directriz se basa en el principio general del Derecho internacional ambiental que obliga a proteger el medio y que ha sido reconocido por la CIJ:

« *La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages* »¹¹¹

¹⁰⁵ KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶ Véanse los comentarios, por ejemplo, de Antigua y Barbuda, Alemania o Portugal al respecto: CDI *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párrs. 45, 46 y 48.

¹⁰⁷ Véase el comentario, por ejemplo, de la República Popular China, *Ibidem*, párr. 48 y que coloca a la potencia asiática en un rol similar al de las occidentales en la protección del medio, pese a su intento de aparecer como un impulsor de la agenda ambiental internacional. Ver: JIANG, Meijie, “Evolving China in the Global Climate Norm-Making: Development Models, National Roles and International Contexts”, *SYBIL*, vol. 25, 2021, pp. 110-118.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr., 49.

¹⁰⁹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), Comentario 5 a la directriz 3, p.28.

¹¹⁰ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 15.

¹¹¹ *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), de 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports* 1997, párr. 140.

Sobre esta idea, dos comportamientos son esperables: uno, proteger el medio y otro, no desplegar comportamientos que puedan provocar daños irreparables. Habría así una cierta reflexión anticipatoria sobre los riesgos de la acción estatal sobre el medio y, entonces, una necesidad de concretar la idea de riesgo y la de anticipación.¹¹²

En este sentido, y dada la vaguedad de la directriz n.º 2 respecto al ámbito de aplicación, no puede afirmarse que la obligación enunciada en la Directriz número tres pase de una recomendación para no afectar, desde la jurisdicción interna, a la atmósfera, quedando borroso si la obligación, por tanto, es de tipo internacional, tiene un ámbito transnacional o es una simple recomendación para minimizar el impacto de las acciones internas y, por tanto, su contenido no enuncia tanto una obligación de proteger la atmósfera como una obligación de comportamiento: observar la debida diligencia¹¹³.

Curiosamente, tras la aprobación de este proyecto la CIJ sí ha tenido la oportunidad de reflexionar sobre la existencia de esta obligación, llegando a considerar que la obligación de proteger la atmósfera tiene un carácter consuetudinario *erga omnes*:

« *La Cour note que certaines règles de droit international relatives à des biens communs mondiaux, tels que le système climatique, peuvent créer des obligations erga omnes... La Cour note que certaines règles de droit international relatives à des biens communs mondiaux, tels que le système climatique, peuvent créer des obligations erga omnes Dans le présent contexte, la Cour considère que tous les États ont un intérêt commun à protéger l'environnement de l'indivis mondial, tel que l'atmosphère et la haute mer.* »¹¹⁴

En su razonamiento, y esto marca también el pobre impacto de la retórica cosmopolita del Proyecto de directrices, la Corte no menciona este trabajo de la CDI, sino el relativo a las normas imperativas de 2022.

3.4. Directrices 4 y 5: evaluación del impacto ambiental y utilización sensible de la atmósfera

La propuesta definitiva sobre la evaluación de impacto ambiental no sufrió alteraciones desde el primer proyecto del Relator aprobado por la CDI en 2018¹¹⁵. Al igual que en los debates sobre la directriz n.º 3, el ámbito y la existencia previas de esta obligación fueron debatidos y no consensuados, explicando en parte una redacción carente de firmeza y ambición. En este sentido, mientras algunos Estados y organizaciones exigían mayor concreción sobre

¹¹² DUVIC-PAOLI, Leslie-Anne, *The prevention principle in International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p.179.

¹¹³ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁴ *Obligations des états en matière de changement climatique*, Avis Consultatif, CIJ, 23 julio 2025, pár. 440

¹¹⁵ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 11.

qué implica esta obligación, de qué efectos se habla, qué ámbito territorial abarca o cómo se condiciona a las necesidades de cada Estado, otros Estados, como China o Turquía, afirmaron que esta sería una obligación de nueva creación y, por ende, basada en una preocupación no reconocida universalmente.¹¹⁶ La defensa del orden liberal establecido, como puede verse, no es exclusiva de las potencias occidentales¹¹⁷.

La CDI, en sus comentarios finales, sí aclara el ámbito territorial al afirmar que efectivamente el deber de establecer evaluaciones de impacto ambiental se despliega a “actividades realizadas bajo jurisdicción” estatal y se sustenta en el efecto potencialmente nocivo y transfronterizo que estas puedan tener.¹¹⁸ Al tiempo, reconoce que no se han incluido cuestiones procesales, de concreción de qué actividades deben ser evaluadas o de participación de ciudadanía o sociedad civil.¹¹⁹ En cualquier caso, la obligación de realizar estudios de impacto ambiental en el ámbito de la jurisdicción interna ya había sido enunciada por la Corte Internacional de Justicia en 2014¹²⁰ y debe vincularse a la interpretación y aplicación de esta directriz pues tiene un carácter general.

La redacción de la Directriz sobre la utilización sensible de la atmósfera permaneció sin modificaciones en su redacción final¹²¹, de suerte que el estudio sobre su contenido descansa sobre los comentarios de Estados y OII y los comentarios de la CDI formulados en 2021.

En esta directriz puede observarse, de nuevo, la cautela con la que la CDI ha abordado este trabajo. El Relator Especial ya definió el desarrollo sostenible como un “equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente”¹²², sin desarrollar mejor esta idea ni proponer cambios o mejoras. Así, por un lado, se vuelve a reconocer la atmósfera como un recurso natural, y no sólo por tanto como un espacio vacío, y además como un recurso finito.

En este sentido, se plantea una propuesta de “utilización” de la misma, para no manejar el concepto más restringido de explotación¹²³, al tiempo que se asumía, literalmente en el borrador inicial de comentarios, que la incierta redacción “se presenta más como una declaración de políticas y normativas internacionales que como un código operativo para determinar derechos y

¹¹⁶ Véanse los comentarios, por ejemplo, de Argentina, Bielorrusia, Alemania o el PNUMA, por un lado, y los de China o Turquía por otro: CDI, *Sexto Informe*, op. cit., anexo, párrs. 53-57.

¹¹⁷ ACHARYA, Amitav, op. cit., pp. 275-276.

¹¹⁸ CDI, op. cit., (A/76/10), Comentario 3 a la directriz 4, p. 31.

¹¹⁹ *Ibidem*, comentarios 5, 6 y 7, pp. 31-32.

¹²⁰ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), ICJ Report 166 y 184, 2015, párr. 104.

¹²¹ CDI, op. cit., (A/76/10), p. 12.

¹²² CDI, *Sexto Informe*, op. cit., anexo, párr. 61.

¹²³ CDI, op. cit., (A/76/10), Comentario 3 a la directriz 5, p. 33.

obligaciones entre los Estados.”¹²⁴ La eliminación en el texto final de esta oración, sin modificación del texto aprobado, sólo disimula el ejercicio retórico que rodea todo el PDPA. De alguna forma, esta redacción, de la directriz e incluso del comentario finalmente aprobado, sigue la idea, consolidada como principio, de que existe un derecho soberano a explotar los recursos naturales siempre que se haga con precaución¹²⁵.

Es este un apartado en el que aparece de una forma más evidente la colisión entre las perspectivas liberales y las cosmopolitas respecto a la normativización de Bienes Globales y su transformación en texto escrito. Así, bajo una capa de redacción “ecologista” y globalista, se trasluce una contradicción de base: afirmar que la atmósfera tiene una capacidad de “asimilación limitada” legitima a los Estados a realizar acciones que, potencialmente, puedan ser perjudiciales, siempre que no se llegue al límite de su capacidad de asimilación. Todo ello, por otra parte, en contra de las advertencias científicas sobre los efectos de cualquier utilización de la atmósfera.¹²⁶ Los comentarios de los Estados a esta Directriz indicaban que efectivamente la consideraban algo indeterminada pero, en general no se oponían a su redacción aunque Estados empobrecidos sí plantearon fórmulas que garantizasen mejor su derecho al desarrollo o a la propia supervivencia.¹²⁷

Afortunadamente, las aportaciones jurisprudenciales¹²⁸ posteriores sobre la diligencia debida que deben seguir los estados en sus acciones, necesariamente concreta el ámbito de interpretación de esta directriz y las siguientes y, por tanto, y de manera tangencial, la propia protección de la atmósfera.

3.5. Directrices 6 y 7: utilización equitativa y razonable de la atmósfera, y modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

La utilización equitativa y razonable de la atmósfera¹²⁹ se formula sin intención de expresar una obligación¹³⁰, siendo por tanto un refuerzo de la Directriz precedente. Esto queda confirmado por la propia CDI: “Al igual que el proyecto de directriz 5, el presente proyecto de directriz se formula con un amplio grado de abstracción y generalidad.”¹³¹

Recoge asimismo esta directriz el “principio intergeneracional”¹³² si bien sigue sin aclararse en el texto si es este un principio general y reconocido consuetudinariamente. Para la CIJ, sin embargo, no cabe duda que este cri-

¹²⁴ *Ibidem*, Comentario 4 a la directriz 5, p. 33.

¹²⁵ ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1077.

¹²⁶ MAYER, Benoit, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁷ CDI, *Comentarios y observaciones*, *op. cit.*, pp. 28-30.

¹²⁸ *Obligations des états en matière de changement climatique*, *op. cit.*, párrs. 280-300.

¹²⁹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 12.

¹³⁰ CDI, *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párr. 63.

¹³¹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentario 1 a la directriz 6, p. 36.

¹³² ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, nota 9, p. 1078.

terio forma parte de las obligaciones de diligencia debida de los Estados¹³³, paliando en parte, la debilidad del propio Proyecto. En el mismo sentido se expresó el TEDH en 2024.¹³⁴

La modificación a gran escala de la atmósfera¹³⁵, por su parte, es uno de los apartados más espinosos y, por tanto, el texto definitivo es “ambiguo y general”, y no reconoce los avances y debates “científicos” tal y como denunciaban Argentina¹³⁶ y Antigua y Barbuda¹³⁷ al proyecto original de 2018¹³⁸. La única, y relevante, aunque repetitiva alteración, es la inclusión de una referencia a los estudios de impacto ambiental y la incorporación del término “únicamente” tras la mención a la prudencia y la cautela.

Si bien el texto no define la noción de las actividades objeto de la directriz, el primer comentario de la CDI aclara que se refiere a aquellas “cuya finalidad última consiste en alterar las condiciones atmosféricas”¹³⁹. En este sentido, Togo ya anunció que era preciso definir con claridad el ámbito de estas actividades, Argentina subrayó que no existe derecho convencional que seguir pues es una materia no regulada y los Países Bajos lamentaron que se formule en términos de recomendación.¹⁴⁰

En cualquier caso, el texto propuesto no permite ni prohíbe¹⁴¹ las actividades pobremente descritas, sino que se limita a enunciar una sugerencia de comportamiento en caso de realizarlas. Choca, sin duda, esta vaguedad con la grandilocuencia discursiva de considerar la protección de la atmósfera como una “preocupación de la humanidad”¹⁴². Puede ser, de nuevo, otro indicio de una retórica globalista, cosmopolita, vaciada de contenido y compromiso, y, por tanto, con un marcado acento estatalista.¹⁴³

De nuevo, el desarrollo jurisprudencial ha venido a completar la interpretación adecuada de estas directrices. Aunque los tribunales han dado mucha importancia a los avances y conocimientos científicos como referencia de las obligaciones estatales, el TIDM subrayó que el deber de protección y cautela, debe ser anterior incluso¹⁴⁴ a las conclusiones científicas sobre el impacto concreto de acciones peligrosas. De esta manera, a la diligencia debida se

¹³³ *Obligations des états en matière de changement climatique, op. cit.*, párr. 172.

¹³⁴ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza GS*, núm. 53600/20, párr. 420, TEDH 2024.

¹³⁵ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 12.

¹³⁶ CDI, *Comentarios y observaciones, op. cit.*, p. 33.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 32

¹³⁸ CDI, *op. cit.*, (A/73/10), p. 197.

¹³⁹ *Ibidem*, comentario 1 a la Directriz 7, p. 35.

¹⁴⁰ CDI, *Comentarios y observaciones, op. cit.*, p. 33-35.

¹⁴¹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentario 9 a la directriz 7, p. 36.

¹⁴² *Ibidem*, Preámbulo, tercer párrafo. Véase *infra* punto 4.1.

¹⁴³ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “La creación de normas...”, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁴ *Obligations of States in respect of climate change and international law, op. cit.*, párrs 212-123.

le añade un “enfoque precautorio”¹⁴⁵ que disipa en parte la vaguedad de los acuerdos de la CDI.

3.6. Directrices 8 y 9: cooperación internacional e Interrelación entre las normas pertinentes

El debate en torno al carácter propositivo de nuevas obligaciones, de consolidación de las existentes o de cambio de categoría de las mismas, se mantiene en esta octava Directriz que formula las instrucciones en torno a la cooperación internacional utilizando de nuevo la expresión “obligación”.¹⁴⁶

Así, para Estados Unidos la expresión obligación no se refiere a un contenido jurídico concreto, sino que se pretende lanzar una recomendación de tipo general, subrayando que todas las obligaciones en torno a este trabajo tienen ese carácter de recomendación por muy vagas que sean, estando estatutariamente vetada a la CDI la posibilidad de formular “prescripciones normativas”¹⁴⁷. Chile, por su parte, plantea que es una recomendación imprecisa en tanto en cuanto no tiene sujeción en normas preestablecidas de Derecho internacional del medio ambiente.¹⁴⁸

Puede decirse que la obligación de cooperar internacionalmente existe en el derecho consuetudinario general, como principio estructural del ordenamiento jurídico internacional, incluso del derecho internacional del medio ambiente¹⁴⁹, pero esto no implica necesariamente una obligación jurídica específica de cooperar en la protección de la atmósfera. Este principio, en el D° ambiental, cumple una misión unificadora frente a la fragmentación del régimen internacional, al aumentar la relación entre Estados y las conexiones que las normas ambientales tienen¹⁵⁰.

En los comentarios finales del PDPA, la Comisión, pese a aportar una base normativa más que suficiente para justificar la necesidad de dicha cooperación, admite, sin duda, que es esta una recomendación en tanto en cuanto su aplicación será definida por cada Estado en función de sus interés y necesidades: “La expresión “según proceda” denota que los Estados tienen cierta flexibilidad en el cumplimiento de la obligación de cooperar dependiendo del

¹⁴⁵ CARRO PITARCH, María y JUSTE RUÍZ, José, “Diversidad biológica marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional: ante la adopción de un acuerdo histórico para asegurar su conservación y uso sostenible”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, vol. 6, núm. 6, p. 110.

¹⁴⁶ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 12.

¹⁴⁷ CDI, *Comentarios y observaciones*, *op. cit.*, p. 33-35.

¹⁴⁸ CDI, *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párr. 69.

¹⁴⁹ ABEGÓN NOVELLA, Marta y PÉREZ HERRANZ, Matilde, “El daño medioambiental y la responsabilidad de proteger” en GARCÍA SEGURA, Caterina (dir.), *La tensión cosmopolita*, Barcelona, Tecnos, 2016, p. 119, y ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1078.

¹⁵⁰ RUBIO, Eva M., “Cooperación internacional y perspectivas integradas en el marco legal de acción frente al cambio climático” en REMIRO BROTONS, Antonio y FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M. (eds.), *El cambio climático en el Derecho Internacional y Comunitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2009, pp. 88-90.

carácter y el objeto de la cooperación requerida. Las formas en que puede producirse ese tipo de cooperación también pueden variar en función de la situación, lo que permite que los Estados tengan cierto margen de discrecionalidad¹⁵¹.

No cabe duda, a la luz de esta aclaración, de que este interés común de la Humanidad es gestionado con las mismas claves con las que se ha ido construyendo el DIMA, una (sobre)protección de la soberanía y las competencias del Estado para gestionar el medio, pese a la evidencia empírica de su incapacidad. En este sentido, el proyecto de Directriz sobre la interrelación de este conjunto de directrices¹⁵² con las normas ya existentes viene a subrayar el contenido del Entendimiento, separándolo del resto del DIMA y, también, el carácter ideológico de esta propuesta.

Respecto al ámbito ideológico de este proyecto, no es baladí analizar el orden en el que aparecen los regímenes internacionales que el Derecho internacional de protección de la atmósfera debe respetar. Así, son los derechos mercantil y de inversiones los primeros en aparecer, seguidos del Derecho del Mar¹⁵³, apareciendo, en último lugar, el Derecho internacional de los Derechos Humanos. No cabe duda de que la CDI y los Estados pueden estructurar este orden como deseen y que, además, esto no implica una estructura jerárquica ni exhaustiva. Tal vez, en cambio, sí refleje, incluso de manera inconsciente, ese cosmopolitismo elitista y hegemónico al que hace referencia I. Parmar¹⁵⁴. De esta manera, este modelo actuaría, aun sugiriendo cambios en las normas y el orden establecido, “como justificación del *status quo*”¹⁵⁵ marcando, incluso en los proyectos que pudieran tener un mayor carácter globalista como el aquí analizado, las prioridades para la comunidad internacional de los Estados más poderosos en términos realistas.

En cualquier caso, en las justificaciones sobre estas menciones, la propia CDI tiene dificultades para justificar la inclusión del Derecho mercantil o el de protección de las inversiones pues ninguno de los dos se ha ocupado hasta ahora de la protección de la atmósfera, sino, tangencial y genéricamente, de la protección del medio ambiente.¹⁵⁶ La conexión de la protección de la atmósfera con el Derecho del Mar o los Derechos Humanos es directa, tal y como recogen los propios comentarios de la CDI¹⁵⁷ o las citadas opiniones consultivas de la CIJ o el TIDM, pese a aparecer en tercer y cuarto lugar de la Directriz. La omisión de otros regímenes, como los relativos a migraciones,

¹⁵¹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentario 2 a la Directriz 8, p. 38.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 12-13.

¹⁵³ Cuyo acuerdo interpretativo de 1994 es también de marcada orientación ideológica neoliberal.

¹⁵⁴ PARMAR, Inderjeet, *op. cit.*, p. 159.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹⁵⁶ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentarios 7 y 8 a la Directriz 9, pp. 43-44.

¹⁵⁷ *Ibidem*, comentarios 9 y ss., pp. 44-49.

afectados directamente por las consecuencias de la contaminación y el cambio climático, es también indiciariamente reveladora.

Otro aspecto clave de esta Directriz es la referencia a la identificación, interpretación y aplicación de normas, así como a su armonización e integración sistémicas. Es necesario resaltar que es tan necesario abordar la cuestión de la identificación y armonización normativa en un contexto de fuerte fragmentación del Derecho internacional, como que el texto propuesto no lo hace.

En efecto, Portugal ya advirtió que faltaban orientaciones en este sentido y Reino Unido mencionaba su resultado ambiguo.¹⁵⁸ Toda la directriz pretende servir de cauce para clarificar las posibles interconexiones entre el derecho vigente, señalando las distintas técnicas necesarias, identificación, interpretación y aplicación, en consonancia con los estudios previos de la CDI, precisamente sobre fragmentación del Derecho Internacional¹⁵⁹. Para ello, el propio texto del articulado se refiere a la armonización e integración sistémica como fórmulas para evitar interferencias y antinomias. Sobre esta idea, el PDPA rehúye, en cualquier caso, una enumeración exhaustiva de los diferentes regímenes e instrumentos internacionales con los que las Directrices pudieran interrelacionarse.¹⁶⁰

También hace referencia, en su apartado segundo, a la creación de nuevas normas sobre protección de la atmósfera para que participen de la construcción armoniosa del Derecho internacional público. Sin embargo, no hay referencia alguna a cuáles son las viejas y vigentes normas sobre protección de la atmósfera existentes y cómo se interrelacionan ya con el derecho positivo. En cualquier caso, la necesidad de reconectar las diferentes normas que versen sobre el mismo objeto, es recordada por el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, haciendo mención explícita a esta directriz¹⁶¹ del PDPA y poniendo de relieve la necesidad de esta codificación.

3.7. Directrices 10 y 11: aplicación y cumplimiento

El articulado sobre la aplicación interna de normas relativas a la protección de la atmósfera es especialmente sugerente y dio lugar a interesantes debates si bien desembocó en un texto¹⁶² carente de concisión y nada contundente.

¹⁵⁸ CDI, *Sexto Informe*, *op. cit.*, anexo, párrs. 71 y 77 respectivamente.

¹⁵⁹ CDI, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1).

¹⁶⁰ RUBIO FERNANDEZ, Eva M., "Crónica de la Codificación Internacional: la labor de la Comisión de Derecho Internacional (69.ª sesión)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, pp. 15-16.

¹⁶¹ *Obligations of States in respect of climate change and international law* (Case No. 31), *op. cit.*, párr: 136

¹⁶² CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 13.

Este texto fue modificado pese a que el Relator, tras el estudio de los comentarios realizados al proyecto de 2018 por Estados y OII propuso incluir un nuevo apartado que decía: “Toda inobservancia de las obligaciones que equivalga al incumplimiento de estas da lugar a la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional.”¹⁶³ Esta sugerencia, con un contenido mucho más constringente de la acción estatal, dando forma clara a la cristalización de una nueva obligación, esta vez sí jurídica, no fue tenida en cuenta por el Comité de Redacción, ni por la CDI en su votación final.

La mayor parte de Estados que participaron en el debate consideraron que esta indicación sobre cómo aplicar en ordenamientos internos las obligaciones internacionales, no definidas, sobre protección de la atmósfera, no aportaban nada nuevo ni tenían un valor normativo o de condicionamiento del comportamiento estatal.¹⁶⁴ De esta manera, los Estados que participaban en el debate subrayaban el carácter distinto del proyecto frente a la consideración de norma, pues ni siquiera interpretaban que tuviera la cualidad de condicionar el comportamiento estatal.

Abundando en esta impresión, curiosamente, la propia CDI “pone de relieve el hecho de que el proyecto de directrices como tal no crea nuevas obligaciones ni aborda exhaustivamente las diversas cuestiones relacionadas con el tema” y que, por tanto, “habida cuenta de que los Estados tienen esas obligaciones, es evidente que deben aplicarse fielmente”¹⁶⁵ pues son anteriores al PDPA y el contenido de este no son sino “recomendaciones” de comportamiento¹⁶⁶.

Si la Directriz 10 se refería a la aplicación de las obligaciones internacionales en el ámbito interno, la decimoprimer viene a completar esta función al referirse al cumplimiento¹⁶⁷ en el ámbito internacional. El texto en sí mismo no aporta mayores novaciones que un recordatorio del principio *pacta sunt servanda*¹⁶⁸ respecto a las obligaciones, pasadas o futuras, que los Estados adopten en relación con la atmósfera.

Para la CDI, de hecho, “el término “cumplimiento” hace alusión a los mecanismos o procedimientos adoptados *en el ámbito internacional* con los que se verifica si los Estados se atienen realmente a las obligaciones de un acuerdo o a otras normas de derecho internacional”¹⁶⁹. Estados Unidos, por su

¹⁶³ CDI, *Sexto Informe, op. cit.*, anexo, párr. 87.

¹⁶⁴ CDI, *Comentarios y observaciones, op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁶⁵ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentarios 4 y 5 respectivamente a la Directriz 10, p. 50.

¹⁶⁶ MURPHY, Sean B., “Anniversary Commemoration and Work of the International Law Commission’s Seventieth Session”, *The American Journal of International Law*, vol.113, 2019, núm. 1, p. 96.

¹⁶⁷ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), p. 13.

¹⁶⁸ CDI, *Comentarios y observaciones, op. cit.*, comentarios de Antigua y Barbuda o Países Bajos, pp. 41-42.

¹⁶⁹ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), comentario 1 a la directriz 11, p. 51.

parte, insistió¹⁷⁰, en línea con lo mantenido sobre todas las Directrices, que la fórmula de cumplimiento de obligaciones bilaterales o multilaterales le corresponde decidirlo a los Estados, en el ejercicio de su soberanía. De alguna forma, la redacción final ya recoge esta afirmación al proponer diversos sistemas de facilitación mediante la utilización de expresiones voluntaristas como “según proceda” o “se puede”¹⁷¹.

3.8. Directriz 12: arreglo de controversias

La última directriz aprobada se refiere al arreglo de controversias¹⁷², y como no puede ser de otra manera, se hace con arreglo al principio 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas que deposita la obligación *erga omnes* universalmente reconocida.

Esta reiteración en lo que supone un principio estructural del ordenamiento jurídico internacional fue señalada por diferentes comentarios, tanto de Estados como de OII, algunos para mostrar su satisfacción y otros para señalar lo innecesario de la mención. Lo que sí resultó motivo de satisfacción general fue la referencia a procedimientos técnicos para resolver controversias sobre un ámbito de la realidad material y jurídica con un evidente contenido científico.¹⁷³ En cualquier caso, ni el relator ni la Comisión de Redacción consideraron oportuno ampliar estas menciones con sugerencias de procedimientos concretos.¹⁷⁴ La CDI sí reconoce finalmente, con una extraña redacción, que pueden ser pertinentes “los principios de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y *non ultra petita* (no más allá de lo pedido por las partes)”¹⁷⁵, pero prefirió dejarlos fuera del articulado, resultando de nuevo en un texto excesivamente vago.

4. EL PROYECTO DE DIRECTRICES COMO EJERCICIO RETÓRICO COSMOPOLITA

Tras el análisis realizado del PDPA, puede concluirse que el contenido material del texto no es un gran avance en el Derecho internacional del medio ambiente y que, en lo concreto, en todo caso tendría un cierto contenido regresivo. Sin embargo, este estudio de caso puede ayudar a contemplar ciertas prácticas normativas internacionales actuales: la utilización de una retórica cosmopolita y universalista, tan potente como hueca, para formular un texto que no supone una nueva norma y que, en todo caso, consolida prácticas estatocéntricas y westfalianas. Así, si bien es posible felicitarse por la emer-

¹⁷⁰ CDI, *Comentarios y observaciones*, op. cit., p. 42.

¹⁷¹ CDI, op. cit., (A/76/10), comentarios 3 y 4 a la directriz 11, p. 52.

¹⁷² *Ibidem*, p. 13.

¹⁷³ CDI, *Comentarios y observaciones*, op. cit., pp. 43-44 y 50.

¹⁷⁴ CDI, *Sexto Informe*, op. cit., anexo, párr. 99.

¹⁷⁵ CDI, op. cit., (A/76/10), p. 55.

gencia pública y consolidación de este “nuevo principio” en torno a la necesidad colectiva de la protección de la atmósfera, el texto estudiado plasma con claridad la resistencia de los Estados a ver condicionado su comportamiento siquiera sea mediante normas de *soft law*.

4.1. La protección de la atmósfera como ¿interés público global?

Para analizar en los términos de este estudio, la regulación internacional de la protección de la atmósfera es necesario calificar este objeto de estudio asumiendo, claro está, que la propia labor de definición y calificación es en sí misma subjetiva e implica una determinada forma de entender el mundo y el Derecho internacional¹⁷⁶.

Del breve examen del contenido del Entendimiento y del proyecto resultante, difícilmente puede concluirse que en este estado de la cuestión la protección de la atmósfera sea realmente un interés público global¹⁷⁷. Las características de estos bienes, según A. Rodrigo es que “son cualitativamente diferentes; porque son ‘construcciones sociales racionales’; porque están sujetos a decisiones normativas de la comunidad internacional; por la diversidad de técnicas jurídicas para su regulación; porque su protección afecta a todos; por su dimensión intergeneracional; y por la conveniencia de crear regímenes internacionales para su regulación y gestión dinámica”¹⁷⁸. La definición de la atmósfera, en el PDDA, como un “interés común de la Humanidad” permite observar que su protección cumple la dimensión intergeneracional, racional, cualitativa, y de afectación colectiva. Sin embargo, como se ha podido ver en el estudio de los debates para lograr el tímido texto final del PDDA, las posiciones que han resultado victoriosas son aquellas que descartan su regulación jurídica, si bien sean técnicas de *soft law*, y menos aún la creación de un régimen especial de regulación.

Asimismo, un interés público global no afecta, por definición, exclusivamente a los Estados, sino que tiene una dimensión extra-estatal al incorporar al resto de actores de la realidad internacional, aunque carezcan de subjetividad jurídica. El interés público surge, entonces, en ese espacio intermedio entre la sociedad y los Estados-OII, en la “esfera pública” global en la que la ciudadanía, en forma de sociedad civil global, articula su propia visión de la realidad y formula sus estrategias de presión y participación política.¹⁷⁹ Esta

¹⁷⁶ D'ASPROMONT, Jean, “Non-State Actors and the Social Practice of International Law” en NOORTMANN, Math, REINISCH, August y RYNGAERT, Cedric (eds.), *Non-state Actors in International Law*, Oregón, Hart Publishing, 2017, p. 30.

¹⁷⁷ RODRIGO, Ángel J., “Más allá del Derecho Internacional: el Derecho Internacional Público” en MENDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2019, pp. 67-98.

¹⁷⁸ RODRIGO, Ángel J., *Las normas...*, *op. cit.*, pp. 279-280.

¹⁷⁹ CASTELLS, Manuel, “The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication, Networks, and Global Governance”, *Annals AAPSS*, vol. 616, 2008, núm. 1, p. 78.

esfera es entonces la vía de comunicación entre gobernantes y gobernados, fuente de legitimidad del resultado final¹⁸⁰ y, por tanto, marco de referencia de la utilidad de los proyectos normativos.¹⁸¹

No cabe duda que nos encontramos ante un objeto, la protección de la atmósfera, que ciertamente cumple los requisitos para ser considerado un interés general¹⁸², pues es intergeneracional y de origen comunitario e, incluso, es clara la conveniencia de adopción de un régimen internacional propio pero, como se ha visto, no tiene la entidad suficiente para que los Estados hayan apostado de manera cierta por el impulso de normas globales sobre la cuestión. Antes al contrario, sobre esta cuestión puede decirse que, más allá de la retórica cosmopolita, no hay gran acción normativa que pueda indicar una percepción estatal de la atmósfera como un objeto de la mayor relevancia pública.

Dicho de otra manera, tal vez nos encontremos en la fase de embrionaria del nacimiento de un nuevo interés general, dado que sí se vislumbra una cierta dimensión performativa¹⁸³ de la protección de la atmósfera, al menos en el ámbito del discurso grandilocuente de los Estados y OII, si bien no ha superado esta fase y, ciertamente, no todos los objetos del debate internacional tienen la capacidad de convertirse en un interés general público. La atmósfera, huérfana de régimen jurídico específico que la proteja, es en este momento un objeto de interés discursivo, de estudio en el ámbito del desarrollo del Derecho internacional, de lenta consolidación de un principio¹⁸⁴ que enuncie su derecho a ser protegida y objeto de regulaciones diferentes y fragmentadas.

Nótese que el cosmopolitismo *soft* ha fijado sus prioridades y principios comunes que la comunidad internacional ostenta, en el ámbito clásico de los Derechos Civiles y Políticos y en el de la esfera económica neoliberal, de libre mercado y promoción de las inversiones de multinacionales en el extranjero¹⁸⁵. Sin embargo, los derechos ambientales, en formación, en todo caso, se sitúan en el otro margen de los Derechos Humanos, junto a los derechos sociales, económicos y culturales.¹⁸⁶

Una perspectiva crítica del propio cosmopolitismo, alejada de todo conformismo que suponga una exaltación de valores buenos *per se*, supone

¹⁸⁰ Siendo inclusiva, lo que implica incorporar los puntos de vista e intereses de todos los actores afectados. Véase: GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, "La imposible legitimidad del G-20 a la luz de las propuestas cosmopolitas" en GARCIA SEGURA, Caterina (dir.), *La tensión cosmopolita*, Barcelona, Tecnos, 2016, p. 233.

¹⁸¹ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p. 80

¹⁸² RODRIGO, Ángel J., "Más allá...", *op. cit.*, pp. 70-72.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 74.

¹⁸⁴ KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁵ Véanse: GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., "La creación de normas...", *op. cit.*, p. 8 y PARMAR, Inderjeet, *op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁶ PALACIOS, Ana M., *La protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en conflictos armados*, Bilbao, Hegoa, 2020, pp. 11-12.

aproximarse al mismo entendiendo que es una “narrativa” para explicar los procesos normativos internacionales, aunque, a menudo, también sirve para justificarlos¹⁸⁷. Así, es difícil imaginar en este estadio, una conformación de la protección de la atmósfera, al margen del positivo discurso cosmopolita público, como un interés global que suponga una respuesta desde un derecho eminentemente público.

4.2. El proyecto como catálogo de expectativas a la baja, no como norma global

No corresponde a este texto la definición de los diferentes tipos de normas y su grado de obligatoriedad. Baste acordar que son múltiples los resultados, tanto por su modo de creación, por su capacidad de impacto en el comportamiento de los sujetos de derecho y los actores internacionales, como por el origen subjetivo¹⁸⁸ de los mismos.¹⁸⁹ Es necesario también aclarar que, por diversas que sean las normas globales, no todo puede calificarse como tal, so pena de difuminar el significado mismo de la noción de norma. La propuesta de consolidar las “normas de interés público” como muestra de la juridicidad de los intereses públicos globales¹⁹⁰, es necesaria en tanto en cuanto consolida obligaciones *erga omnes*, más allá de las normas imperativas. Sin embargo, habiendo descartado que, en este momento, la protección de la atmósfera haya obtenido el carácter de interés público, debe concluirse que el PDPA no tiene la capacidad de ser una nueva norma de interés público internacional.

En último término, una norma global, para serlo, requiere al menos que los destinatarios asuman de alguna manera que implementar su contenido sería el comportamiento correcto¹⁹¹, sin necesidad de identificar este “sentimiento” con la licitud propia de normativa jurídica clásica que crea obligaciones de resultado o comportamiento. No hay duda que el derecho internacional del medio ambiente se ha configurado como un régimen eminentemente *soft*¹⁹² y que esto le ha dado una flexibilidad y capacidad de reacción, diferentes a los procesos normativos clásicos, condicionando el comportamiento estatal y de otros actores internacionales. Sin embargo, esto no puede llevar a considerar que todo texto internacional que no genere obligaciones es una norma *soft*¹⁹³, pues negaría la especificidad e impacto del derecho blando.

¹⁸⁷ BUCHANAN, Ruth y PAHUJA, Sundhya, *op. cit.*, p. 306.

¹⁸⁸ D'ASPREMONT, Jean, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, 2011, pp. 203-213.

¹⁸⁹ PAUNWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A, y WOUTERS, Jan, “When Structures Become Shackles: stagnation and Dynamics in International Lawmaking”, *European Journal of International Law*, vol. 25, 2014, núm. 3, pp. 733-763.

¹⁹⁰ RODRIGO, Ángel J., “Las normas de interés público...”, *op. cit.*, p. 301.

¹⁹¹ FINNEMORE, Martha y HOLLIS, Duncan, “Constructing Norms for Global Cybersecurity”, *The American Journal of International Law*, vol. 110, 2016, núm. 3, p. 453.

¹⁹² GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, *op. cit.*

¹⁹³ ELLIS, Jaye, “Shades of grey. Soft Law and the Validity of Public International Law”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 25, 2012, p. 333.

La CDI, en este último sentido, es para algunos autores origen de normas globales. Como órgano imbuido de poderes jurídicos en el ámbito internacional¹⁹⁴, que no legislativos ni *auctoritas*, al desarrollar y codificar el Derecho internacional, impulsa tanto el reconocimiento de obligaciones consuetudinarias como crea códigos de conducta cuyo recorrido y aplicación posterior pueden resultar en una nueva categoría de norma. Sobre esta idea, estos órganos tienen funciones y capacidad de actuar precisamente porque los Estados les han otorgado las mismas, creando una suerte de fórmula de ida y vuelta para revincular su trabajo con el de los Estados que los crearon.¹⁹⁵ En este sentido, es relevante también señalar el énfasis con el que Sandesh Sivajumaran¹⁹⁶ conecta la labor de la CDI con los Estados para otorgarle funciones en la creación de normas, volviendo, en suma, a un marco estatocéntrico, aunque ahora sea interactivo, donde todo nace en, y vuelve al, Estado. Tal vez los órganos internos de las OII deban ser situados en otra categoría, mixta, no directamente estatal pero obviamente no extra estatal, en un campo de juego y creación de normas donde el Estado no es ya el actor esencial, aunque siga siendo esencial.¹⁹⁷

Una de las labores principales de la CDI, tradicionalmente, ha sido desarrollar el Derecho internacional, sistematizándolo, conectando las normas de origen consuetudinario con las convencionales y sus interpretaciones autorizadas, por ejemplo, en sede judicial. Sin embargo, este proyecto de artículos no sólo no desarrolla el derecho existente de protección de la atmósfera, sino que lo rebaja. En este sentido, es difícil otorgar al PDPA la relevancia para el ordenamiento jurídico que han tenido otros Proyectos de Artículos. No puede decirse, para poder darle la categoría de novación normativa, que haya aportado algo de “claridad conceptual”¹⁹⁸ a la cuestión habida cuenta que el propio Entendimiento de 2013 cortaba *ab initio* esa posibilidad.

Otra de las funciones clave de la CDI sería la de determinar la existencia de un derecho preexistente, función cuya diferenciación respecto a la anterior sería positiva.¹⁹⁹ Como ha podido analizarse, el PDPA no sólo no desarrolla este régimen internacional sino que, además, la CDI subraya que no pretende inmiscuirse en los procesos del reconocimiento de las obligaciones

¹⁹⁴ SIVAJUMARAN, Sandesh, “Beyond States and Non States Actors: the Role of State-Empowered Entities in the making and shaping of International Law”, *Columbia Journal of International Law*, vol. 55, 2017, núm. 2, p. 346.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 347-348.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 392.

¹⁹⁷ WESSEL, Ramses A., “International Government Organizations as Non-State Actors” en NOORTMANN, Math, REINISCH, August y RYNGAERT, Cedric, *Non-state Actors in International Law*, Oregón, Hart Publishing, 2017, pp. 201-203.

¹⁹⁸ RODRIGO, Ángel J., “Los criterios de identificación de las normas imperativas de Derecho Internacional General (ius cogens), *Principios y Justicia en el Derecho Internacional* en DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, ESPÓSITO, Carlos, IZQUIERDO SANS, Cristina y TORRECUADRADA, Soledad, (eds.), Madrid, Dykinson, 2018, p. 131.

¹⁹⁹ D'ASPREMONT, Jean, *Formalism and*, *op. cit.*, p. 209

existentes, sin ir más lejos, sobre la obligación internacional de proteger la atmósfera.

Este proyecto no conforma una nueva norma global, no tanto solamente porque no genere obligaciones o contenga una más que evidente carencia de procedimientos de rendición de cuentas, sino porque no aporta compromiso de los destinatarios, no amplía terminológica o materialmente el ámbito de cooperación internacional, no tiene un cuerpo cierto sobre las que se pueda hablar de un acuerdo entre partes²⁰⁰ o siquiera un intento de llegar a uno. En base a los elementos de una norma propuestos por Martha Finnemore y Duncan Hollis, una norma serviría, como mínimo, para satisfacer unas expectativas colectivas mediante comportamientos esperados de un grupo bien identificado de actores.²⁰¹ Obviamente, el PDPA no marca un comportamiento específico ni concreto y esperado, aunque sí pueda hablarse de unas expectativas colectivas de los especialistas miembros de la CDI y de otros órganos subsidiarios de las Naciones Unidas que han impulsado el nacimiento de un principio²⁰² sobre la protección de la atmósfera con capacidad de devenir en una norma que condicione el comportamiento de los actores de la Comunidad internacional. Sobre esta cuestión, es preciso recordar, como se estudió *supra*, que el TIDM sí utiliza este texto como herramienta jurídica de análisis sobre el derecho internacional de la atmósfera, o que parte del contenido del mismo ha sido luego concretado por el propio TIDM en 2024, la CIJ en 2025 o, incluso, el TEDH también en 2024. De esta forma, este proyecto retóricamente cosmopolita y que no supone la creación de una nueva norma, ni tiene las características de *opinio iuris* de una nueva norma consuetudinaria, sí supone un marco de referencia sobre una cuestión común que, en el estado actual del multilateralismo, se desarrolla y concreta por la acción de los tribunales internacionales, escapando, en parte, a las reticencias estatales.

5. REFLEXIONES FINALES: EL COSMOPOLITISMO *SOFT* COMO FRENO AL CAMBIO INTERNACIONAL

Del estudio de caso, y sobre la base de las hipótesis de trabajo que se están poniendo a prueba aquí, puede decirse que, el menos en esta cuestión, la protección de la atmósfera en la CDI no es sino un objeto de debate alejado de grandes expectativas. El PDPA no ha logrado consolidar un consenso que consolide la protección de la atmósfera como un nuevo interés público global, semilla de una norma de interés público internacional.²⁰³ El éxito que los procesos cosmopolitas tienen en otros ámbitos, véase el Acuerdo de París o

²⁰⁰ PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A, y WOUTERS, Jan, *op. cit.*, p. 756.

²⁰¹ FINNEMORE, Martha y HOLLIS, Duncan, *op. cit.*, pp. 438-444.

²⁰² KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, *op. cit.*, p. 14.

²⁰³ RODRIGO, Ángel J., "Las normas de interés público...", *op. cit.*, p. 301.

las nuevas normas para proteger la Alta Mar, no se replican en textos como el estudiado, que se queda en un voluntarista uso de las nociones cosmopolitas.

No existe, o no parece existir, una voluntad de creación de normas globales sobre la cuestión²⁰⁴, y el proyecto de directrices surgido de los trabajos de la CDI, en conjunción con el Entendimiento de 2013, demuestran que, lejos de desarrollar la obligación comunitaria e individual, *soft o hard*, de proteger la atmósfera, el resultado ha sido “regresivo”²⁰⁵. No emerge de este texto ninguno de los tres mecanismos para la expansión, y por tanto para tener efectos, de las normas. Al no haberse constituido como una nueva norma, no hay, ni parece que habrá, incentivos, persuasión o socialización²⁰⁶ para la modificación del comportamiento estatal. Sólo queda un fuerte componente discursivo²⁰⁷ que pueda justificar en el debate público que algo se está haciendo, una suerte de *greenwashing* jurídico.

Así, desde una perspectiva cosmopolita clásica, la protección de la atmósfera podía aparecer como un nuevo campo de juego donde los intereses compartidos cobrasen fuerza e inspirasen a la comunidad de Estados con unos códigos de conducta. La realidad, sin embargo, es que sobre esta cuestión el cosmopolitismo suave es tan “*soft*” que ha desembocado en una suerte de retórica inocua y liberal, sin gran capacidad para afectar al proceso de creación de normas que sigue siendo estatocéntrica²⁰⁸. El proyecto de directrices, en definitiva, devuelve cualquier cuestión espinosa, de desarrollo, de compromiso o incluso de avance conceptual, al ámbito estatal clásico. Tanto es así que, pese a tener competencias para hacerlo, no propone a la Asamblea General que lo apruebe mediante una resolución, que lo recomiende a los miembros, a fin de que concluyan una convención o que convoque una conferencia para concluir una convención.²⁰⁹ Se limita a solicitar, en lo más cercano posible a la primera opción mencionada, que “tome nota”²¹⁰ y lo incluya en un anexo a una resolución. La CDI se queda, por tanto, con la retórica positiva y ecologista, pero sin afectar al comportamiento esperable de los Estados excluyendo al resto de actores de la Comunidad internacional del proceso de debate y construcción colectiva de normas, pareciendo inmune a la presión externa que ayuda a generar normas de *soft law*.²¹¹

No sobra recordar que un cosmopolitismo acrítico, occidental, que otorgue a sus valores el signo de bondad y corrección, puede ser tan reaccionario como una clásica visión realista y nacionalista de la realidad internacional.²¹²

²⁰⁴ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “The Paradox...”, *op. cit.*, p. 93

²⁰⁵ ORAL, Nilüfer, *op. cit.*, p. 1096.

²⁰⁶ FINNEMORE, Martha y HOLLIS, Duncan, *op. cit.*, p. 449.

²⁰⁷ SAND, Peter H., *op. cit.*, pp. 201-209.

²⁰⁸ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “The Paradox...”, *op. cit.*, p. 97

²⁰⁹ Artículo 23.1 del Estatuto Comisión de Derecho Internacional.

²¹⁰ CDI, *op. cit.*, (A/76/10), Punto C, p. 10.

²¹¹ FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, *La protección...*, *op. cit.*, p. 210.

²¹² BUCHANAN, Ruth y PAHUJA, Sundhya, *op. cit.*, pp. 297-324.

Es cierto que no se trata tanto de contraponer, en una dicotomía algo forzada, un proceso westfaliano de creación de normas frente a uno cosmopolita. Lo relevante de este análisis, precisamente, es comprobar si los cambios constantes en la estructura social y jurídica internacional giran hacia unas perspectivas más globalistas, entendidas como garantes de los intereses comunes de Estados y personas, o más estatal, en el sentido de protección de las élites de ciertos Estados. Y para ello es preciso despejar la exagerada retórica que se refiere a grandes intereses de la humanidad²¹³ para ocultar que, en realidad, a menudo se trabaja para que nadie cambie²¹⁴. Si el cosmopolitismo *soft* sirve como fachada del neoliberalismo estructural de la sociedad internacional actual, buscará, como en el caso de la atmósfera, que parezca que la rueda gira, aunque sea una mera ilusión óptica. Si, en cambio, supone una aproximación estable a la construcción alternativa de normas globales, el trabajo en lo referido a la protección de la atmósfera es aún largo y arduo.

En el ámbito que aquí ocupa, el PDPA de la CDI para la protección de la atmósfera, si el planteamiento hubiera sido abierto, de un cosmopolitismo *hard*, no vinculados tanto a valores fijos neoliberales sino a principios comunes al margen de lo interestatal y lo mercantil, incluyendo las voces científicas y abriendo un debate con la sociedad civil global²¹⁵, el resultado hubiera sido inevitablemente otro. Precisamente la dicotomía de la que se hablaba *supra* no funciona en este caso de estudio al dar por hecho que la protección de la atmósfera es un principio, un interés común de la humanidad, sin incluir a la humanidad en su gobernanza.

Si algo ha demostrado el Estado es su resiliencia, su capacidad de adaptarse al cambio, de transformarse²¹⁶ para no perder, precisamente su rol predominante en la esfera pública. En el proceso aquí analizado no se trata de que el Estado haya sido eliminado de la ecuación sino de que no existe debate social, deliberación pública jurídica²¹⁷ con actores no estatales. En un momento en el que la gobernanza global se pone en duda, donde las formas de creación y reconocimiento de normas son más inciertas, sólo un proceso “de emergencia de una gobernanza global sin gobierno”²¹⁸ podrá ser denominado un fenómeno puramente cosmopolita. Un proyecto en el que el Estado siga en un lugar predominante pero retado, desafiado, cuestionado y corregido por el resto de actores.²¹⁹ Una gobernanza que no idealice las normas globa-

²¹³ GARCIA SEGURA, Caterina, PAREJA, Pablo, y RODRIGO, Ángel J., “La creación de normas...”, *op. cit.*, p. 18.

²¹⁴ PARMAR, Inderjeet, *op. cit.*, p. 155.

²¹⁵ PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A., y WOUTERS, Jan, *op. cit.*, p. 747.

²¹⁶ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p. 87

²¹⁷ JOHNSTONE, Ian, “Legal Deliberation and Argumentation in International Decision Making”, en CHARLESWORTH, Hillary y COICAUD, Jean M., *Fault Lines of International Legitimacy*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 178-179

²¹⁸ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p. 89.

²¹⁹ PAUWELYN, Joost, WESSEL, Ramses A., y WOUTERS, Jan, *op. cit.*, p. 742.

les como plataforma de salvación y asuma la responsabilidad de estas en las opresiones y problemas globales.²²⁰ La incapacidad de los Estados para lograr una norma global que impulse la protección de la atmósfera es prueba de la necesidad que tienen de incluir a otros agentes y actores en la gobernanza, escenario propio de una realidad cosmopolita. Al contrario, las dificultades del proyecto de directrices para ser considerado una nueva norma global estriban precisamente en la reclamación de los Estados de la exclusividad en la conformación de nuevas normas (algo evidente al estudiar el Entendimiento de 2013) y también en su vaguedad resultante.

La degradación y contaminación atmosférica no surgen de la nada sino precisamente de la aplicación del Derecho internacional general y del Derecho internacional del medio ambiente fragmentado, que lleva 30 años utilizando una retórica esperanzadora mientras los problemas se acentúan, las diferencias entre países empobrecidos y ricos se amplían, también en la cuestión ambiental, y donde la sociedad civil global es dejada a un lado de la esfera pública social. En este caso, el proyecto aquí estudiado profundiza la misma senda al utilizar términos grandilocuentes mientras que mercantiliza la explotación de la atmósfera y divide la obligación de protegerla en una voluntad individual estatal.

Sin embargo, la posibilidad de que esta iniciativa pueda a futuro servir para el impulso de una verdadera norma global que modifique el comportamiento estatal en lo relativo a la protección internacional de la atmósfera no debe ser descartada de plano. En efecto, el PDPA no ha creado una nueva norma global y ha consolidado los argumentos westfalianos utilizando un discurso cosmopolita *soft*. Pero también ha cristalizado un “nuevo” principio común²²¹, la obligación genérica y no jurídica de proteger la atmósfera, más allá de las regulaciones divididas entre la contaminación atmosférica, la protección de la capa de ozono y el cambio climático. Esta cristalización es el germen necesario del posible desarrollo normativo futuro y una base que ya han utilizado diferentes tribunales internacionales para desarrollar todo lo que aún no puede codificarse por la resistencia estatal.

²²⁰ BUCHANAN, Ruth y PAHUJA, Sundhya, *op. cit.*, p. 311.

²²¹ KHAGRAM Sanjeev, RIKER, James V. y SIKKINK, Kathryn, *op. cit.*, p. 14.