



Asamblea General

Distr. general
16 de enero de 2018
Español
Original: inglés

Comisión de Derecho Internacional

70º período de sesiones

Nueva York, 30 de abril a 1 de junio de 2018;

Ginebra, 2 de julio a 10 de agosto de 2018

Quinto informe sobre la protección de la atmósfera

Preparado por Shinya Murase, Relator Especial*

Índice

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| I. Introducción..... | 3 |
| II. Aplicación..... | 6 |
| A. Formas de aplicación nacional..... | 6 |
| B. Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad de los Estados..... | 9 |
| C. Aplicación extraterritorial del derecho interno..... | 11 |
| III. Cumplimiento..... | 17 |
| A. Violación <i>versus</i> incumplimiento..... | 18 |
| B. Tipos de mecanismos de incumplimiento..... | 19 |
| 1. Protocolo de Montreal..... | 20 |

* El Relator Especial desea reconocer la valiosa asistencia prestada por los siguientes profesores e investigadores: Charles Wharton, ex profesor auxiliar, Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China; Masayuki Hiromi, becario de posdoctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Sofía; Mariko Fukasaka, University College de Londres; Zhang Maoli, estudiante de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Pekín; Osamu Yoshida, Universidad de Tsukuba; Yuka Fukunaga, Universidad de Waseda; Chen Xiaohua, Facultad de Derecho, Academia China de Ciencias Sociales; Shi Fengxia, estudiante de posgrado, Facultad de Derecho, Academia China de Ciencias Sociales; y Mae Bowen, estudiante de doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Nueva York. El Relator Especial está sumamente agradecido a Li Ming, Song Ying y Chen Yifeng, Facultad de Derecho de la Universidad de Pekín, y a Zhu Wenqi, Facultad de Derecho de la Universidad Renmin de China, por su constante apoyo y ayuda en el presente proyecto.



| | | |
|--------|--|----|
| 2. | Protocolo de Kyoto..... | 22 |
| 3. | Acuerdo de París..... | 24 |
| IV. | Arreglo de controversias..... | 26 |
| A. | Formas de arreglo pacífico de controversias..... | 26 |
| B. | Características del arreglo judicial de las controversias relativas a la protección de la atmósfera..... | 27 |
| 1. | La Corte Internacional de Justicia y las pruebas científicas..... | 27 |
| a) | Causa relativa al <i>Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros</i> (1997)..... | 28 |
| b) | Causa relativa a las <i>Plantas de celulosa</i> (2010)..... | 32 |
| c) | Causa relativa a la <i>Caza de la ballena en el Antártico</i> (2014)..... | 36 |
| d) | Causa relativa a la <i>Fumigación aérea de herbicidas</i> (2013)..... | 42 |
| e) | Causa relativa al <i>Construcción de una carretera</i> (2015)..... | 43 |
| 2. | Determinados principios jurídicos en la evaluación de las pruebas científicas..... | 45 |
| a) | <i>Non ultra petita</i> | 46 |
| b) | <i>Iura novit curia</i> | 46 |
| c) | Criterio de valoración de la prueba..... | 49 |
| 3. | Jurisprudencia de otros tribunales..... | 51 |
| V. | Conclusión..... | 53 |
| Anexos | | |
| I. | Proyecto de directrices y preámbulo sobre la protección de la atmósfera aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento..... | 54 |
| II. | Proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en su quinto informe..... | 57 |

I. Introducción

1. En su 69º período de sesiones, celebrado en 2017, la Comisión de Derecho Internacional tuvo ante sí el cuarto informe presentado por el Relator Especial sobre el tema de la protección del medio ambiente (A/CN.4/705 y Corr.1). En el informe se proponían cuatro proyectos de directriz sobre la interrelación entre el derecho relativo a la protección de la atmósfera y otras esferas del derecho, como el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, el derecho del mar y el derecho de los derechos humanos.

2. La Comisión examinó el cuarto informe en sus sesiones 3355^a a 3359^a, celebradas los días 10, 11, 12, 16 y 17 de mayo de 2017, respectivamente. Además, el 4 de mayo de 2017 la Comisión celebró una reunión oficiosa organizada por el Relator Especial, consistente en un diálogo con científicos, que los miembros agradecieron y consideraron de utilidad¹.

3. La Comisión decidió remitir al Comité de Redacción todos los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial. La Comisión aprobó provisionalmente los párrafos del preámbulo y el proyecto de directriz 9, con sus comentarios, en su 69º período de sesiones².

Debate celebrado en la Sexta Comisión en su septuagésimo segundo período de sesiones

4. En octubre de 2017, la Sexta Comisión examinó la labor de la Comisión sobre el tema³. En general, las delegaciones celebraron y agradecieron dicha labor de la Comisión⁴, si bien algunas delegaciones expresaron reservas al

¹ El diálogo con científicos sobre la protección de la atmósfera estuvo presidido por el Relator Especial. El diálogo incluyó las siguientes ponencias: “Panorama general: los océanos y la atmósfera”, a cargo de Øystein Hov, Presidente de la Comisión de Ciencias Atmosféricas de la Organización Meteorológica Mundial (OMM); “La contaminación atmosférica transfronteriza y la Comisión Económica para Europa”, a cargo de Peringe Grennfelt, ex-Presidente del Grupo de Trabajo sobre los Efectos (Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia), de la Comisión Económica para Europa; “Los vínculos entre los océanos y la atmósfera”, a cargo de Tim Jickells, Copresidente del Grupo de Trabajo 38 del Grupo Mixto de Expertos sobre los Aspectos Científicos de la Protección del Medio Marino de la OMM; y “Los vínculos entre la ciencia y el derecho para la protección de la atmósfera”, a cargo de Arnold Kreilhuber, Jefe de la Dependencia de Derecho Ambiental Internacional (División de Derecho Ambiental y Convenios sobre el Medio Ambiente) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Tras el diálogo hubo un turno de preguntas y respuestas. El resumen del diálogo oficioso puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, cap. VI, párrs. 59 a 65.

³ El Relator Especial agradeció a Shi Fengxia la asistencia prestada en la elaboración del resumen del debate celebrado en la Sexta Comisión.

⁴ Italia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones*, 18ª sesión (A/C.6/72/SR.18), párrs. 141 a 144; Islas Marshall (en nombre de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo del Pacífico, *ibid.*, 22ª sesión (A/C.6/72/SR.22), párrs. 51 a 53; Unión Europea, *ibid.*, párrs. 54 a 62; Austria, *ibid.*, párrs. 69 a 71; Portugal, *ibid.*, párrs. 78 a 80; México, *ibid.*, párrs. 87 a 91; Singapur, *ibid.*, párrs. 103 a 108; India, *ibid.*, párrs. 117 a 119; Perú, *ibid.*, párr. 114; Japón, *ibid.*, párrs. 123 a 125; Sri Lanka, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/72/SR.23), párrs. 51 y 52; Tailandia, *ibid.*, párr. 53; Chile, *ibid.*, párrs. 86 a 88; Sudáfrica, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/72/SR.24), párrs. 15 a 18; Estonia, *ibid.*, párrs. 20 y 21; Turquía, *ibid.*, párr. 32; Nueva Zelanda, *ibid.*, párr. 72; Micronesia (Estados Federados de), *ibid.*, párrs. 78 a 86; República de Corea, *ibid.*, párrs. 99 y 100; España, *ibid.*, párrs. 38 a 40; Malasia, *ibid.*, párrs. 114 a 116; Tonga, *ibid.*, párrs. 46 a 49; Viet Nam, *ibid.*, párr. 121; Indonesia, *ibid.*, párrs. 126 a 128; Senegal, *ibid.*, párrs. 131 a 134; El Salvador, *ibid.*, 25ª sesión (A/C.6/72/SR.25), párrs. 4 a 6; y Cámara de Comercio Internacional, *ibid.*, párrs. 11 a 13.

respecto⁵. Varias coincidieron en señalar que la participación de los científicos era muy útil⁶. Algunas delegaciones recordaron la importancia del entendimiento alcanzado en 2013⁷, mientras que otras manifestaron inquietud por su exclusión generalizada de muchos principios y normas que formaban parte integrante del derecho relativo a la protección de la atmósfera, como el principio de precaución, el principio de prevención, el principio de quien contamina paga y las responsabilidades comunes pero diferenciadas⁸. Algunas delegaciones observaron que el principio de “responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas”, basado en el Acuerdo de París de 2015, ofrecía un enfoque equilibrado de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo⁹. Una delegación señaló que el principio de patrimonio común de la humanidad debía incluirse en el preámbulo¹⁰.

5. Diversas delegaciones expresaron su apoyo general a los párrafos del preámbulo aprobados provisionalmente por la Comisión¹¹. Varias pusieron de relieve la relación entre la atmósfera y los océanos¹², y en particular la elevación del nivel del mar causada por el cambio climático¹³. No obstante, una delegación dijo que las cuestiones relacionadas con el derecho del mar no tenían cabida en un conjunto de directrices sobre la protección de la atmósfera¹⁴. La referencia a los intereses de las generaciones futuras recibió el apoyo de muchas delegaciones¹⁵. Algunas señalaron que los intereses de las generaciones actuales también deberían mencionarse¹⁶.

6. Muchas delegaciones apoyaron en términos generales la inclusión del proyecto de directriz 9, relativo a la interrelación entre las normas pertinentes¹⁷, mientras que otras expresaron cierta inquietud al respecto¹⁸. En lo que atañe al párrafo 1 del

⁵ Federación de Rusia, *ibid.*, 19ª sesión (A/C.6/72/SR.19), párr. 36; Eslovaquia, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/72/SR.23), párrs. 28 a 33; República Checa, *ibid.*, párrs. 64 a 67; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/72/SR.24), párrs. 50 a 55; y Estados Unidos de América, *ibid.*, párrs. 124 y 125, que consideraban que el tema debía suspenderse o interrumpirse.

⁶ Italia, México, India, Japón, Chile, Tonga y El Salvador.

⁷ Francia (*ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/72/SR.23), párrs. 38 a 41, y los Estados Unidos.

⁸ Sudáfrica, Indonesia y El Salvador.

⁹ La Unión Europea y el Reino Unido.

¹⁰ Indonesia.

¹¹ Italia, Islas Marshall (en nombre de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo del Pacífico), Unión Europea, Austria, Singapur, Perú, Israel (*ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/72/SR.24), párrs. 104 a 107), India, Tailandia, Tonga, Chile, Sri Lanka, Micronesia (Estados Federados de), Nueva Zelandia, España, República de Corea, Malasia, Indonesia y El Salvador. Por ejemplo, Austria declaró que “el hincapié que se hace en las situaciones y los efectos mencionados en nuevos párrafos del preámbulo está justificado” (véase <http://statements.unmeetings.org/media2/16154565/austria.pdf>).

¹² Perú, Sri Lanka, Chile, Micronesia (Estados Federados de), Malasia, Nueva Zelandia e Indonesia.

¹³ Austria, Islas Marshall (en nombre de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo), Micronesia (Estados Federados de), Indonesia, la India, Sri Lanka, Nueva Zelandia y Malasia.

¹⁴ Grecia, *ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/72/SR.23), párrs. 71 a 74.

¹⁵ Por ejemplo, Sri Lanka declaró que “[l]a invocación del principio fundamental de equidad intergeneracional, que ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, y en virtud del cual custodiamos los bienes comunes mundiales para su disfrute por las generaciones futuras, es de suma pertinencia”.

¹⁶ Singapur y Malasia.

¹⁷ Italia, Unión Europea, Austria, India, Japón, Sri Lanka, Micronesia (Estados Federados), República de Corea, Malasia, Nueva Zelandia, Portugal, México, Perú, Tailandia, Grecia, Senegal, Chile, Estonia, España, Tonga, El Salvador, Israel y la Cámara de Comercio Internacional.

¹⁸ Federación de Rusia, Singapur, Eslovaquia, China (*ibid.*, 23ª sesión (A/C.6/72/SR.23), párr. 55) y Polonia (*ibid.*, 24ª sesión (A/C.6/72/SR.24), párrs. 2 y 3). Chequia preguntó “si existe efectivamente una rama del derecho internacional que pueda denominarse derecho relativo a la

proyecto de directriz 9, hubo un amplio consenso en que las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional debían ser interpretadas y aplicadas en consonancia con los principios de armonización e integración sistémica, y tratando de evitar los conflictos¹⁹. No obstante, algunas delegaciones se mostraron preocupadas por que el texto actual del proyecto de directriz no contara con el respaldo de la práctica internacional²⁰. Otra delegación señaló que el establecimiento de una directriz independiente podía llevar a que se sobrepasara el alcance del tema²¹. Algunas delegaciones sostuvieron que exigir que todas las normas pertinentes fueran compatibles entre sí podría dificultar cualquier labor de desarrollo que se apartara sustancialmente de las normas existentes²², crearía posibles superposiciones²³ y sería inviable²⁴.

7. Con respecto al párrafo 2 del proyecto de directriz 9, en general las delegaciones apoyaron la idea de que, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, los Estados debían procurar hacerlo de manera armoniosa²⁵. Se destacó que no debía entenderse que el párrafo 2 exigía que las nuevas normas para la protección de la atmósfera fueran compatibles con todas las normas existentes del derecho internacional²⁶. Si bien algunas delegaciones afirmaron que el párrafo 2 era una labor de desarrollo progresivo del derecho internacional²⁷, otras señalaron que esa disposición enunciaba algo evidente: en todos los ámbitos del derecho internacional, la elaboración de nuevas normas debía hacerse en armonía con otras normas de derecho internacional²⁸.

8. Por último, varias delegaciones celebraron la referencia a las personas vulnerables que figuraba en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9²⁹. Se dijo que la preocupación por los grupos particularmente vulnerables debía estar presente en todo el proyecto de directrices y no limitarse a cuestiones de interpretación³⁰. También se observó que el párrafo 3 introducía una nueva consideración que no guiaba la aplicación de los párrafos precedentes y que, por tanto, debía incluirse en un proyecto de directriz aparte. Además, se señaló que esas personas o grupos no eran vulnerables a la contaminación y la degradación atmosféricas en sí, sino a sus efectos³¹. Una delegación pidió que se revisara el sentido de la expresión “personas y grupos particularmente vulnerables”, porque los grupos que eran particularmente vulnerables al cambio climático podían no ser los mismos que los que eran vulnerables a la contaminación y la degradación atmosféricas³².

protección de la atmósfera”. Viet Nam “considera que la expresión ‘atmósfera’ debe definirse con mayor claridad para distinguirla de otros dominios territoriales”.

¹⁹ Italia, Eslovaquia, Tailandia, Grecia, Estonia, República de Corea e Israel.

²⁰ China, Federación de Rusia, Singapur y Eslovaquia.

²¹ Polonia.

²² Austria.

²³ Israel y Viet Nam.

²⁴ Eslovaquia, Chequia y Reino Unido.

²⁵ Italia, Unión Europea, Austria, Japón, Chile, Estonia, España, República de Corea y El Salvador.

²⁶ Austria.

²⁷ Chile.

²⁸ Eslovaquia y Chequia.

²⁹ Italia, Austria, Sudáfrica, México, Japón, Sri Lanka, Chile, Estonia, España, Micronesia (Estados Federados de), Tonga y República de Corea.

³⁰ Austria.

³¹ España.

³² Eslovaquia.

9. En cuanto al plan de trabajo futuro, las delegaciones estuvieron de acuerdo con el plan de la Comisión de concluir la primera lectura del tema en 2018 y la segunda lectura en 2020³³. Las delegaciones de algunos Estados Insulares del Pacífico propusieron que la Comisión abordara por separado un nuevo tema relacionado con la elevación del nivel del mar³⁴.

Objetivo del presente informe

10. Sobre la base de los cuatro informes anteriores, el Relator Especial desea examinar en el presente (quinto) informe las cuestiones relativas a la aplicación (sección II), el cumplimiento (sección III) y el arreglo de controversias (sección IV). El Relator Especial considera que esas cuestiones son las consecuencias intrínsecas y lógicas de las obligaciones y recomendaciones sobre el tema aprobadas provisionalmente por la Comisión hasta el momento, por lo que, evidentemente, con su análisis no se pretende en modo alguno ampliar el alcance del tema establecido en el proyecto de directriz 2.

11. El empleo de los términos “aplicación” y “cumplimiento” no es necesariamente uniforme en la doctrina³⁵. Por razones prácticas, en el presente informe el término “aplicación” se referirá a las medidas adoptadas por los Estados para hacer efectivas las disposiciones de un tratado en el derecho interno³⁶, en tanto que por “cumplimiento” se entenderán los mecanismos o procedimientos adoptados en el ámbito del derecho internacional para comprobar si los Estados observan realmente a las disposiciones del tratado y las medidas de aplicación establecidas para la protección de la atmósfera³⁷.

II. Aplicación

A. Formas de aplicación nacional

12. La aplicación nacional, entendida como “las medidas adoptadas por las partes para hacer efectivos los acuerdos internacionales en el derecho interno”³⁸, consta de medidas legislativas, administrativas y judiciales. Todas esas formas de aplicación se rigen por el ordenamiento constitucional y jurídico interno de cada Estado; todo cuanto puede hacer el presente proyecto de directrices es abordar la obligación de los Estados de aplicar de buena fe el derecho internacional pertinente. No obstante, puede haber ciertas características comunes que cabe señalar en lo que respecta a la legislación nacional. En general, las medidas administrativas deben adoptarse de conformidad con el derecho del Estado, por lo que no hay mucho que añadir a lo dicho sobre la legislación³⁹. Las medidas judiciales dependen del sistema judicial de cada Estado en lo referente a la jurisdicción, capacidad y competencia para interpretar y

³³ Singapur, México, Sri Lanka, Israel, Sudáfrica, Tonga, Federación de Rusia, Chile, India, Japón, Italia, El Salvador y la Cámara de Comercio Internacional.

³⁴ Micronesia (Estados Federados de) e Islas Marshall.

³⁵ Véase, en general, Philippe Sands y Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, 3ª ed., (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012), págs. 135 a 183.

³⁶ Catherine Redgwell, “National implementation”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnee y Ellen Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), pág. 925.

³⁷ Edith Brown Weiss y Harold K. Jacobson (eds.), *Engaging Countries: Strengthening Compliance with International Environmental Accords*, (Cambridge, MIT Press, 1998). Véase “A framework for analysis”, págs. 1 a 18, en especial pág. 4.

³⁸ Redgwell, “National implementation” (véase la nota 36 *supra*), pág. 925.

³⁹ *Ibid.*, págs. 930 a 938.

aplicar el derecho internacional. Puede ser difícil generalizar en relación con ese aspecto de la aplicación y el cumplimiento obligatorio, ya que los ejemplos aislados, aunque notorios, de algunos Estados tal vez no sean suficientes para considerar que reflejan una “tendencia” en el derecho internacional en lo que se refiere a la protección de la atmósfera⁴⁰.

⁴⁰ Entre los casos judiciales nacionales recientes relacionados con la protección de la atmósfera cabe citar los siguientes:

a) Tribunal Administrativo Federal de Austria (2017): la aprobación por el Gobierno austriaco del plan de construcción de una tercera pista de aterrizaje en el Aeropuerto Internacional de Viena fue desestimada por el Tribunal Administrativo Federal porque autorizar una pista más de aterrizaje sería, entre otras cosas, contrario a las obligaciones nacionales e internacionales de Austria de mitigar las causas del cambio climático, pues daría lugar a un aumento de las emisiones anuales de CO₂ del país (BVwG, 2 de febrero de 2017, W109 2000179-1/291E);

b) Corte Constitucional de Colombia (2016): la Corte derogó las disposiciones de la Ley núm. 1450 de 2011 y de la Ley núm. 1753 de 2015 que amenazaban los ecosistemas de gran altitud, denominados “páramos”. Señaló varias características importantes de los páramos, entre ellas su fragilidad, su falta de protección reglamentaria, su papel en la provisión de hasta el 70% del agua potable de Colombia y la capacidad de sus suelos y vegetación para capturar CO₂ de la atmósfera (sentencia C-035/16, párr. 142);

c) Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito de Oregon (2016): en la causa *Juliana v. United States*, activistas ambientales demasiado jóvenes para votar y supuestos protectores de las generaciones futuras, pidieron la adopción de medidas cautelares contra los Estados Unidos, el Presidente y numerosos organismos ejecutivos, alegando que las emisiones de gases de efecto invernadero de CO₂, producidas por la quema de combustibles fósiles, estaban desestabilizando el sistema climático y que se habían vulnerado las debidas garantías procesales en relación con derechos fundamentales y la obligación de los demandados de conservar los recursos naturales en un régimen de fideicomiso público. El juez auxiliar Coffin, del Tribunal de Distrito (2016 WL 183903), accedió a que las asociaciones de la industria intervinieran en el proceso en calidad de demandados. Los demandados y los intervinientes presentaron escritos pidiendo la desestimación de la causa por falta de competencia en la materia y falta de fundamentación de la demanda. El Tribunal de Distrito señaló que: a) no se estaba planteando una cuestión política no justiciable; b) los activistas alegaban un perjuicio concreto y preciso, como se exige en el artículo III; c) el perjuicio alegado era inminente; d) el derecho a un sistema climático que pueda sostener la vida humana era un derecho fundamental protegido por las debidas garantías procesales en relación con derechos fundamentales; e) los activistas presentaron una denuncia por vulneración de las debidas garantías procesales en relación con derechos fundamentales basada en la teoría de la creación de un peligro; f) los activistas alegaron debidamente el daño a los bienes del fideicomiso público; g) la doctrina del fideicomiso público puede aplicarse al Gobierno Federal; y h) los activistas tenían el derecho de acción para hacer cumplir la doctrina del fideicomiso público (217 F.Supp.3d 1224 D. Or. 2016);

d) Tribunal de Distrito de La Haya, Países Bajos (2015): el Tribunal de Distrito de La Haya dispuso que el Estado debía tomar más medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos y ordenó al Estado que limitara o hiciera limitar el volumen global de emisiones anuales de gases de efecto invernadero del país, de modo que se redujera en al menos un 25% a finales de 2020 con respecto al nivel de 1990, como pedía la Fundación Urgenda, la parte demandante (C/09/456689/HA ZA 13-1396, 24 de junio de 2015);

e) Tribunal Supremo de los Estados Unidos (2007, 2014): la decisión tomada en *Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency (EPA)* abordó en parte el sentido de la expresión “contaminante atmosférico” que figura en el título II, artículo 202 a) 1), de la Ley de Regulación de la Calidad del Aire, según el cual esa expresión alude a “cualquier agente o combinación de agentes contaminantes de la atmósfera, incluida toda sustancia o materia física, química, biológica, radiactiva [...] que se emita a la atmósfera o que llegue a ella por otra vía”. Durante el procedimiento, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos sostuvo que lo dispuesto en el título II, artículo 202 a) 1), de la Ley no autorizaba a dicha Agencia a regular los gases de efecto invernadero, pues no eran agentes de contaminación atmosférica en el sentido tradicional del término y, por tanto, no podían considerarse contaminantes atmosféricos a los efectos previstos en la Ley. No obstante, el Tribunal determinó que la definición contenida en la Ley era tan general que abarcaba “todos los compuestos

13. Los Estados tienen distintos sistemas constitucionales con respecto a la aplicación de los tratados a escala nacional, que van desde la “transformación” en derecho interno hasta la “incorporación” en él⁴¹. En algunos países, los tratados de una determinada categoría se consideran de aplicación directa, es decir, que no requieren legislación o normas nacionales para ser directamente aplicables⁴². En general, en el ámbito del derecho internacional del medio ambiente solo hay un número limitado de casos de aplicación directa. En la mayoría de las ocasiones, los Estados deben establecer leyes de ejecución para dar efecto en el plano nacional a las disposiciones de los tratados que han celebrado, cuando su derecho interno no está

transportados por el aire, con independencia de su clase”. Así, el Tribunal concluyó que, “[p]uesto que los gases de efecto invernadero encajan en la amplia definición de ‘contaminante atmosférico’ prevista en la Ley de Regulación de la Calidad del Aire, la Agencia de Protección Ambiental era la autoridad con potestad legal para regular las emisiones de dichos gases por los vehículos de motor nuevos” (decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 2 de abril de 2007, 549 S. Ct. 497 (2007)). Véase también Jonathan Zasloff, “*Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 127 S. Ct. 1438”, *American Journal of International Law*, vol. 102, núm. 1 (2008), págs. 134 a 143). En respuesta a esta decisión del Tribunal, la Agencia decidió que las emisiones de gases de efecto invernadero por los vehículos de motor nuevos estarían sujetas a los requisitos establecidos en la Ley para la prevención del deterioro sustancial de la calidad del aire y también a su título V. No obstante, en la causa *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, de 2014, el Tribunal Supremo dictaminó que, “cuando en la parte dispositiva de la Ley [como las disposiciones sobre prevención del deterioro sustancial o el título V] aparece la expresión ‘contaminante atmosférico’, la Agencia de Protección Ambiental la ha interpretado habitualmente de forma estricta y ajustada al contexto”. Dado el uso reiterado de la expresión “contaminante atmosférico” por el Congreso de los Estados Unidos, el Tribunal concluyó que, a la hora de interpretar los requisitos exigidos en las disposiciones sobre prevención del deterioro sustancial y el título V, la expresión tendría un sentido más estricto que el de la definición genérica reconocida por el Tribunal en el asunto *Massachusetts* en relación con el título II (*Utility Air Regulatory Group v. EPA*, decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 23 de junio de 2014, 134 S. Ct. 2427 (2014)). Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), párr. 15;

f) Tribunal de Apelaciones de Australia (2010): en la causa *Macquarie Generation v. Hodgson*, los activistas del medio ambiente presentaron una demanda contra una compañía eléctrica estatal a fin de obtener una sentencia declarativa que estableciese que una de sus centrales eléctricas había estado emitiendo CO₂ en la atmósfera de manera tal que había dañado o era probable que dañase el medio ambiente, en contravención del artículo 115, párrafo 1, de la Ley de Protección de las Operaciones relativas al Medio Ambiente, de 1997. La petición de destitución sumaria presentada por el demandado fue desestimada. El Tribunal determinó que, aunque el demandado estuviera autorizado de manera implícita a emitir cierta cantidad de CO₂ al generar electricidad con arreglo al permiso concedido, esa autorización estaba limitada a una cantidad que tuviera el debido cuidado y consideración con las personas y el medio ambiente (*Macquarie Generation v. Hodgson*, [2011] NSWCA 424, párrs. 35 a 67);

g) Tribunal Federal de Nigeria (2005): en la causa *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd and Others*, el Tribunal dictaminó que las compañías petroleras debían dejar de quemar gas en el Delta del Níger. Jonah Gbemre, representante de la comunidad iwherekan del Delta del Níger, presentó una demanda contra el Gobierno nigeriano y Shell. El Tribunal sostuvo que la práctica de quemar gas era inconstitucional, ya que vulneraba los derechos fundamentales a la vida y la dignidad de las personas consagrados en la Constitución de Nigeria y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (*Gbemre v. Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others* (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005)).

El Relator Especial agradece a Arnold Kreilhuber, Jefe de la Dependencia de Derecho Ambiental Internacional, División de Derecho Ambiental, del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la información facilitada en la materia.

⁴¹ Véase A. Cassese, “Modern constitutions and international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 192 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1985), págs. 331 a 475.

⁴² Yuji Iwasawa, “Domestic application of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Recueil des cours*, vol. 378 (2015), págs. 9 a 262.

debidamente preparado para aplicar esas disposiciones. Así pues, es necesario determinar las características de las obligaciones convencionales.

14. Las características jurídicas de las obligaciones internacionales son diversas por naturaleza, y las modalidades de aplicación nacional varían en función de esas características. Desde esa perspectiva, puede ser útil distinguir al menos los tres tipos de obligaciones que figuran a continuación en relación con el derecho interno. En la primera categoría figuran las obligaciones con respecto a las cuales los Estados deben adoptar medidas apropiadas en el marco de la legislación nacional existente (obligación de medidas). Se trata de un tipo tradicional de obligaciones internacionales, y los Estados disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad para determinar las medidas que se han de tomar para cumplirlas. Por consiguiente, los Estados no suelen tener que modificar el derecho interno. La segunda categoría son las obligaciones que requieren que los Estados sigan determinados métodos específicos previstos en un tratado (obligación de métodos), para lo cual los Estados deben modificar la legislación nacional existente o aprobar nuevas leyes si no cuentan con esos métodos. Por ejemplo, si el tratado dispone que los Estados habrán de gravar con un impuesto ambiental las emisiones de dióxido de carbono (CO₂), en caso de que no haya una ley nacional que autorice tal impuesto, se requerirá nueva legislación. A menudo el propio tratado impone a los Estados una obligación en relación con la legislación nacional. La tercera categoría corresponde a un tipo de obligación que exige a los Estados que mantengan un determinado nivel jurídico o fáctico establecido por un tratado (obligación de mantenimiento) en lugar de requerir la adopción de medidas concretas o métodos específicos. Por tanto, para cumplir esa obligación los Estados deben realizar una vigilancia y supervisión constantes a fin de asegurar el cumplimiento de los niveles prescritos. Así, por ejemplo, si un tratado obliga a los Estados a reducir las emisiones de CO₂ a un determinado nivel (por ejemplo, una reducción del 6% con respecto a los niveles de emisión de 1990), los Estados deben mantener ese nivel por todos los medios, y la legislación nacional ha de velar por ello⁴³.

15. Entre las obligaciones establecidas por los Estados en virtud del presente proyecto de directrices, la obligación de proteger la atmósfera (proyecto de directriz 3) y la obligación de cooperar (proyecto de directriz 8) pertenecen a la primera categoría de obligaciones, mientras que la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4) probablemente pertenezca a la segunda categoría. Las obligaciones a que se hace referencia en el presente proyecto de directrices son ilustrativas y las mínimas para proteger la atmósfera. Evidentemente, los Estados están obligados a aplicar otras obligaciones contraídas en virtud de las convenciones y el derecho internacional consuetudinario en la materia. También cabe recordar que, al cumplir esas obligaciones, los Estados deben tener en cuenta la situación de las personas afectadas más vulnerables.

B. Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad de los Estados

16. Así pues, el derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera ha reconocido las obligaciones primarias de los Estados, lo que lleva a la cuestión de las

⁴³ Shinya Murase, "Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues", *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (1995), págs. 283 a 431, en especial págs. 419 y 420, reproducido en Shinya Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokio, Sophia University Press, 2011), págs. 1 a 127, en especial págs. 113 y 114.

normas secundarias de responsabilidad del Estado⁴⁴. Actualmente, es innegable que los Estados tienen la “obligación” de no causar daños ambientales, como se confirmó en el laudo arbitral de 1938 y 1941 del caso *Trail Smelter*, que sigue siendo el más importante hasta la fecha en este sentido. En un fragmento citado con frecuencia, el Tribunal concluyó que “... con arreglo a los principios de derecho internacional [...] ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de manera que cause perjuicios por emanaciones en el territorio de otro Estado o a dicho territorio, ni a los bienes o personas que en él se encuentren, cuando el asunto sea de gran trascendencia y los perjuicios estén demostrados por pruebas claras y convincentes”⁴⁵. No obstante, cabe señalar que la vulneración de esas obligaciones no lleva automáticamente a la cuestión de la “responsabilidad” de los Estados. El incumplimiento de las obligaciones por un Estado puede hacerle incurrir en responsabilidad si equivale a una violación de las obligaciones. El artículo 1 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos dispone que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”, y el artículo 2 establece que “[h]ay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Para establecer la violación de una obligación, es necesario, en primer lugar, identificar con claridad al Estado autor del hecho ilícito y al Estado receptor. En el contexto de la contaminación atmosférica transfronteriza, sería posible demostrar, con arreglo al principio de causalidad, de dónde procede la contaminación (la fuente del daño) y quiénes son las víctimas del daño. La cuestión de la responsabilidad no puede surgir en ausencia de daño o riesgo probados⁴⁶.

17. A diferencia de la contaminación atmosférica transfronteriza, en el contexto de la degradación atmosférica global, como el cambio climático, es difícil, si no imposible, identificar qué Estados son responsables de las causas del presunto daño. En el caso de la degradación atmosférica, algunos autores sostienen que hay

⁴⁴ Malgosia Fitzmaurice, “International responsibility and liability”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 1011 a 1035. Aunque el apartado a) del entendimiento alcanzado en 2013 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 168) indica que el tema no abordará (aunque sin perjuicio de esa cuestión) la “responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales”, cabe recordar que, independientemente de la interpretación que pueda hacerse del entendimiento, la cuestión de la “responsabilidad” (*responsibility*) de los Estados no queda excluida. La diferencia entre la responsabilidad (*liability*) y la responsabilidad (*responsibility*) está clara tanto en la Comisión como en la Sexta Comisión: mientras que la responsabilidad (*liability*) se refiere a “actividades no prohibidas por el derecho internacional” (actividades lícitas), la responsabilidad (*responsibility*) se deriva de “hechos internacionalmente ilícitos”. Cabe señalar que, en la sesión de 2017 de la Sexta Comisión, la delegación de Sudáfrica reiteró su posición de que “las directrices deben abordar de manera adecuada la cuestión de la responsabilidad (*responsibility*), posiblemente basándose en el conjunto de normas de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, a fin de identificar los principios en materia de responsabilidad que serían particularmente útiles para orientar a los Estados en la esfera de la contaminación y la degradación atmosféricas” (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones*, 24ª sesión (A/C.6/72/SR.24), párr. 18).

⁴⁵ Véanse el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/667), párr. 43, y *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: 1949.V.2), págs. 1905 a 1982 (laudo de 1941), en especial pág. 1965.

⁴⁶ Phoebe Okowa, “Responsibility for Environmental Damage”, *Research Handbook on International Environmental Law*, Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 303 a 319, en especial pág. 312. Véase también Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2000), págs. 171 a 202.

“responsabilidad colectiva” (de los Estados industriales desarrollados o de los principales Estados emisores), pero ese concepto todavía no está consolidado en el derecho y la práctica internacionales actuales. La noción de “responsabilidades” (en plural) de la expresión “responsabilidades comunes pero diferenciadas” puede referirse a una determinada carga que los Estados desarrollados deben asumir, pero no alude a la responsabilidad (en singular) en el sentido de “responsabilidad del Estado”.

18. Cabe recordar que el trabajo de la Comisión sobre este tema tiene por objeto establecer un marco de cooperación para la protección de la atmósfera, no configurar modelos “inculpatórios” en el marco de un régimen de responsabilidad del Estado en el derecho internacional. La cooperación internacional es un aspecto esencial del proyecto en curso⁴⁷. Desde esa perspectiva, puede ser preferible abordar el incumplimiento de las obligaciones con un mecanismo que no sancione al Estado por violar sus obligaciones; facilitar el cumplimiento mediante la prestación de asistencia a los Estados incumplidores puede ser más útil para alcanzar el objetivo del presente proyecto de directrices sobre la protección de la atmósfera (véase la sección III).

C. Aplicación extraterritorial del derecho interno

19. Los Estados-nación están haciendo valer cada vez más la competencia y el control sobre las actividades que se realizan fuera de su territorio. La aplicación extraterritorial del derecho interno puede autorizarse en determinadas circunstancias en que hay fundamentos jurídicos legítimos que lo justifican⁴⁸. No obstante, en algunos casos puede causar tensiones políticas e incertidumbre jurídica, ya que los principios de la jurisdicción previstos en el derecho internacional pueden no ser adecuados para resolver las reclamaciones concurrentes. En la presente sección se examinan con cierto grado de detalle los principios de la jurisdicción y los mecanismos para lograr la limitación jurisdiccional en virtud del derecho internacional. En el ámbito del derecho antitrust, en el que la cuestión de la extraterritorialidad se ha debatido con más frecuencia, parece haber una tendencia a hacer hincapié en la consideración de la “cortesía” y la cooperación internacional para evitar confrontaciones entre los Estados⁴⁹. Ello debería ser instructivo en el presente

⁴⁷ Véase el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), secc. VI.

⁴⁸ Hay cuatro principios en virtud de los cuales se puede reivindicar la competencia extraterritorial: el principio de territorialidad objetiva, el principio de personalidad pasiva, el principio de protección y el principio de universalidad. El fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa S.S. “*Lotus*” puede considerarse, en parte, un precedente que confirma el principio de territorialidad objetiva (PCIJ, *Series A*, núm. 10, 1927, pág. 19), que también es de suma pertinencia en el contexto del derecho antitrust. Véase Shinya Murase, “Unilateral Measures and the Concept of Opposability in International Law”, en *Thesaurus Acroasium*, Kalliopi Koufa (ed.) (Atenas, Sakkoulas, 1999), págs. 397 a 454, reproducido en Murase, *International Law: An Integrative Perspective* (véase la nota 43 *supra*), págs. 247 y 248.

⁴⁹ La sentencia dictada en la causa *ALCOA (United States v. Aluminum Co. of America)*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 1945, 148 F. 2nd 416, 443) era el clásico ejemplo de la denominada “doctrina de los efectos” en la esfera del derecho antitrust, que podía considerarse una modificación del principio de territorialidad objetiva. Esencialmente, establecía que un Estado podía ejercer su competencia sobre la base de los “efectos” en el Estado, cuando el efecto o el efecto previsto eran “sustanciales” y el ejercicio de la competencia extraterritorial era “razonable” (American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Foreign Relations of the United States*, vol. 2, secc. 905, págs. 380 y ss.). No obstante, al no haber ningún vínculo territorial, la doctrina de los efectos fue muy criticada fuera de los Estados Unidos, lo que dio lugar a cierto cambio en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos a partir de ese momento. Las sentencias dictadas en *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N.T. & S.A.* (549 F. 2nd 597, 9th Cir., 1976; 574 F.

debate sobre la cuestión de la aplicación extraterritorial del derecho interno del medio ambiente relativo a la protección de la atmósfera.

Asunto *Gasolina* de la Organización Mundial del Comercio

20. En el contexto del comercio y el medio ambiente del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), es bien sabido que en las decisiones del Grupo Especial sobre los asuntos *Atún* (GATT 1991, 1994) se señaló, con respecto a la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos de los Estados Unidos, aplicada para proteger a los delfines fuera de su territorio, que la “aplicación extrajurisdiccional” de una ley nacional (la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos) por parte de los Estados Unidos era “incompatible con el artículo XX del GATT”⁵⁰. En ese mismo sentido, el asunto *Gasolina* (OMC 1996)⁵¹ centró su atención en las medidas que entrañaban una aplicación extraterritorial de la Ley de Regulación de la Calidad del Aire de los Estados Unidos y los reglamentos conexos. El Órgano de Apelación indicó que los Estados Unidos deberían haber entablado negociaciones para lograr una solución amistosa de la controversia: “puede hacerse referencia a diversos precedentes que los Estados Unidos (y otros países) han considerado prudente utilizar para ayudar a superar problemas que se planteaban a organismos de ejecución por el hecho de que el texto legal pertinente y la autoridad del organismo de ejecución no rigen fuera de las fronteras nacionales. Durante la audiencia, se señaló que además de la legislación antidumping [...] existían otros textos normativos estadounidenses de esta clase, por ejemplo, en la esfera de la legislación antimonopolio, de la legislación sobre valores y de la legislación fiscal”⁵².

Asunto *Air Transport Association* del Tribunal de Justicia europeo

21. La sentencia del Tribunal de Justicia europeo, dictada el 21 de diciembre de 2011 en el asunto *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate*⁵³, confirmó la validez de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de emisiones en el marco de la Directiva 2008/101/CE. La entrada en vigor el 1 de enero de 2012 de la Directiva de la Unión Europea sobre la Aviación, que concernía a las líneas aéreas de países tanto comunitarios como no comunitarios que entraban y salían del espacio aéreo de la

Supp. 1453, N.D. Cal. 1983) y *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.* (595 F 2nd 1287, 3rd Cir. 1979) son ejemplos destacados de causas en que los tribunales de los Estados Unidos demostraron autocontención atendiendo al criterio de la razonabilidad. Se hizo hincapié claramente en el “interés propio bien entendido” y la “cortesía” basados en el principio de no injerencia y reciprocidad (Karl M. Meessen, “Anti-trust law, international” en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, R. Bernhardt (ed.) (Ámsterdam, North Holland, 1992), págs. 183 a 191; y Jürgen Basedow, “Antitrust or competition law, international”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 450 a 458).

⁵⁰ GATT, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS21/R-39S/155, 3 de septiembre de 1991 (Atún-I, no adoptado), párrs. 5.27 a 5.29; GATT, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, DS29/R, 16 de junio de 1994 (Atún-II, no adoptado), párr. 5.32.

⁵¹ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 20 de mayo de 1996.

⁵² *Ibid.*, véase la nota a pie de página 52 del informe del Órgano de Apelación.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, asunto C-366/10, *European Court Reports 2011*; J. Meltzer, “Climate Change and Trade – The EU Aviation Directive and the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, núm. 1 (2012), págs. 111 a 156; Lorand Bartels, “The WTO Legality of the Application of the EU Emissions Trading System to Aviation”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 2 (2012), págs. 429 a 467; Alejandro Piera Valdés, *Greenhouse Gas Emissions from International Aviation: Legal and Policy Analysis* (La Haya, Eleven International Publishing, 2015).

Unión Europea, era una aplicación extraterritorial de esa Directiva, por lo que dio lugar a tensiones internacionales. Pese a que el Tribunal de Justicia europeo estimó que el régimen de comercio de emisiones era compatible con el derecho internacional y los acuerdos de aviación, se consideró que la Directiva sobre la Aviación podía ser impugnada por vulnerar el derecho internacional en otros foros, como la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁵⁴. Ante las críticas acaloradas de países no europeos, la Unión Europea ha suspendido temporalmente la aplicación del régimen de comercio de emisiones a los vuelos procedentes de países no europeos o con destino a esos países (Decisión núm. 377/2013/UE y Reglamento (UE) núm. 421/2014⁵⁵), a la espera de la aplicación de un plan mundial de medidas basadas en el mercado aprobado por la Asamblea de la Organización de Aviación Civil Internacional en forma de un nuevo Plan de Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional, que se prevé que entre en vigor con carácter voluntario en 2021 y, en una segunda fase, con carácter obligatorio a partir de 2027 (resolución A39-3 de la OACI)⁵⁶.

Ley de Singapur de Contaminación Transfronteriza derivada de la Calina, de 2014

22. Los Estados a veces recurren a la aplicación extraterritorial del derecho interno cuando consideran que el tratado pertinente no es suficientemente eficaz para abordar el objetivo establecido⁵⁷. Por ejemplo, el Acuerdo de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la Contaminación Transfronteriza derivada de la Calina, de 2003, pese a la importancia de haber logrado establecer un sistema de colaboración, carecía de disposiciones normativas adecuadas para prevenir la contaminación causada por la calina en la región. El Acuerdo de la ASEAN tiene por objeto promover la cooperación entre los Estados miembros de la ASEAN para prevenir y vigilar la calina transfronteriza derivada de incendios terrestres y/o forestales (artículo 2)⁵⁸. No obstante, se ha señalado que el Acuerdo de la ASEAN presenta varias deficiencias⁵⁹.

⁵⁴ Véase el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/705 y Corr.1), párr 30.

⁵⁵ Así pues, la Unión Europea ha limitado la aplicación de sus Directrices a los vuelos operados dentro del Espacio Económico Europeo. Véase https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation_es.

⁵⁶ Tanveer Ahmad, “Environmental Law: Emissions”, en *Routledge Handbook of Aviation Law*, Paul S. Dempsey y Ram S. Jakhu (eds.) (Londres, Routledge, 2017), págs. 195 a 251.

⁵⁷ Véase Murase, *International Law: An Integrative Perspective* (nota 43 *supra*), págs. 53 a 73. El Acuerdo de la ASEAN entró en vigor el 25 de noviembre de 2003 (<http://haze.asean.org/status-of-ratification>). Hasta la fecha, todos los Estados miembros de la ASEAN son partes en el Acuerdo, ya que Indonesia, el último Estado miembro de la ASEAN, lo ratificó el 14 de octubre de 2014. Puede que no sea necesario recurrir a la aplicación extraterritorial del derecho interno, ya que puede lograrse el mismo objetivo aplicando el Acuerdo, lo que normalmente es preferible. No obstante, si las medidas contempladas en virtud de la Ley sobrepasan el ámbito de aplicación del Acuerdo, esa parte de las medidas podrá considerarse oponible o no oponible en función de su legitimidad y eficacia. Véase Murase, “Unilateral measures” (nota 48 *supra*). El Relator Especial agradece a Zhang Maoli la redacción de una parte importante de la presente sección.

⁵⁸ Véase también el artículo 4, relativo a las obligaciones generales. Véase, asimismo, Shawkat Alam y Laely Nurhidayah, “The international law on transboundary haze pollution: What can we learn from the Southeast Asia region?”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 26 (2017), págs. 243 a 254.

⁵⁹ Las deficiencias señaladas por algunos autores son las siguientes: en primer lugar, el Acuerdo de la ASEAN no prevé un mecanismo legal para imponer el cumplimiento en caso de inobservancia; en segundo lugar, no aborda las causas fundamentales de los incendios forestales y la contaminación derivada de la calina; en tercer lugar, no prohíbe determinados tipos de conducta ni contiene una cláusula precisa respecto de una obligación; en cuarto lugar, la carga de la aplicación, la observancia y el cumplimiento recae en los Estados miembros; y, en quinto

23. Al aprobar la Ley de Contaminación Transfronteriza derivada de la Calina, Singapur señaló que serviría para complementar las medidas de otros Estados, incluido el Acuerdo de la ASEAN, para luchar contra la contaminación transfronteriza por la calina. Como explicó el entonces Ministro de Medio Ambiente y Recursos Hídricos de Singapur, Vivian Balakrishnan, ante el Parlamento, “esta Ley establecerá como delito que cualquier entidad —sea o no de Singapur— cause o contribuya a causar contaminación transfronteriza derivada de la calina en el país”, y añadió que “[e]l objetivo de este proyecto de ley no es sustituir las leyes y medidas para el cumplimiento de otros países, sino complementar los esfuerzos desplegados para que las empresas rindan cuentas de sus actos”⁶⁰.

24. El propósito de la Ley es regular las conductas de entidades, empresas y personas que causan o contribuyen a causar contaminación derivada de la calina en el país, castigando los delitos y estableciendo la responsabilidad civil⁶¹. Tanto el Acuerdo como la Ley tienen como objetivo el humo de los incendios terrestres y/o forestales⁶², aunque la segunda prevé una fórmula ligeramente diferente: “encender un fuego al aire libre en el contexto de cualquier actividad agrícola o forestal y dejarlo desatendido”⁶³. También hay diferencias en las medidas que deben adoptarse con arreglo al Acuerdo y a la Ley. El Acuerdo impone medidas para “quemadas controladas” y una “política de prohibición de las quemadas” con miras a evitar la contaminación

lugar, el Acuerdo no dispone de un mecanismo de vigilancia sólido para medir la observancia. Véase Laely Nurhidayah, Zada Lipman y Shawkat Alam, “Regional Environmental Governance: An Evaluation of the ASEAN Legal Framework for Addressing Transboundary Haze Pollution”, *Australian Journal of Asian Law*, vol. 15, núm. 1 (2014), págs. 1 a 17.

⁶⁰ Véase la declaración de Vivian Balakrishnan, que fundamenta el proyecto de ley de contaminación transfronteriza derivada de la calina de manera siguiente: “Habida cuenta de los grandes incentivos económicos que tienen en la actualidad las empresas para adoptar los métodos más baratos de limpieza del terrero para plantaciones, debemos apoyar a las empresas que actúan de manera correcta y responsable, y frenar a las que actúan de manera incorrecta e irresponsable. No debemos permitir que las empresas pasen por alto las repercusiones medioambientales y sanitarias de sus acciones. Nuestra ley de contaminación transfronteriza derivada de la calina se sumará a la lista de medidas disuasorias al poder exigir que esas empresas rindan cuentas de su comportamiento irresponsable y dejará claro que no toleraremos ese tipo de conducta” (Parlamento de Singapur, *Official Reports*, núm. 12, segundo período de sesiones, 4 de agosto de 2014, párrs. 5 y 6). Puede consultarse en www.mewr.gov.sg/news/opening-speech-by-dr-vivian-balakrishnan--minister-for-the-environment-and-water-resources--for-the-second-reading-of-the-transboundary-haze-pollution-bill.

⁶¹ Véanse el art. 5 (delitos de contaminación derivada de la calina en Singapur) y el art. 6 (responsabilidad civil por causar contaminación derivada de la calina en Singapur) de la segunda parte (responsabilidad por la contaminación transfronteriza derivada de la calina) de la Ley. El art. 9 de la tercera parte (administración) dispone que: “el Director General podrá, si lo considera necesario o conveniente para prevenir, reducir o controlar la contaminación derivada de la calina en Singapur, emitir una notificación de adopción de medidas preventivas a cualquier entidad que, a su juicio, haya tomado parte directa o indirectamente en cualquier comportamiento que cause o contribuya a causar, o pueda causar o contribuir a causar, contaminación derivada de la calina en Singapur”.

⁶² Acuerdo de la ASEAN, primera parte (disposiciones generales), art. 1 (términos empleados), párr. 6: “por ‘contaminación derivada de la calina’ se entenderá el humo procedente de incendios terrestres y/o forestales con efectos nocivos de tal naturaleza que pongan en peligro la salud humana, dañen los recursos biológicos y los ecosistemas, así como los bienes materiales, y menoscaban el disfrute y otros usos legítimos del medio ambiente o interfieran en ellos”; “por ‘incendios terrestres y/o forestales’ se entenderá los incendios de vetas de carbón, turberas y plantaciones” (*ibid.*, párr. 7).

⁶³ Ley de Singapur, primera parte (cuestiones preliminares), art. 2 (interpretación): “la expresión ‘conducta que causa o contribuye a causar contaminación derivada de la calina en Singapur’ incluirá la acción de encender un fuego al aire libre en el contexto de cualquier actividad agrícola o forestal y dejarlo desatendido”.

derivada de la calina⁶⁴, que requieren el intercambio de información⁶⁵, la realización de evaluaciones⁶⁶, una labor de educación y concienciación⁶⁷, la aplicación de protocolos de actuación estandarizados⁶⁸ y la prestación de cooperación técnica⁶⁹. Además, ante situaciones de emergencia, establece un mecanismo de respuesta conjunta para solicitar, prestar y aceptar asistencia⁷⁰. En cambio, la Ley prevé, aparte de una notificación de adopción de medidas preventivas emitida por el Director General, medidas punitivas, como multas⁷¹, penas de prisión⁷², órdenes de comparecencia⁷³ y órdenes de detención⁷⁴, para asegurar su rigurosa aplicación.

25. Es importante señalar que, mientras que con arreglo al Acuerdo cada Estado parte debe adoptar medidas en su territorio, la Ley se refiere a la “contaminación derivada de la calina en Singapur”, esto es, la “contaminación del medio ambiente de Singapur causada por un episodio de mala calidad del aire al que haya contribuido el humo de un incendio terrestre o forestal ocurrido completamente fuera del territorio de Singapur”⁷⁵. Cabe señalar también que, en lo que respecta a la relación de causalidad entre el fuego y la contaminación derivada de la calina en Singapur, la Ley habla de presunción en lugar de exigir una causalidad estricta. Por lo tanto, cuando hay contaminación causada por la calina en Singapur y en ese momento o en un momento próximo en el tiempo hay un incendio terrestre o forestal fuera del territorio del país y se comprueba que el humo resultante se dirige a Singapur, existe una presunción de vinculación⁷⁶.

26. Además, el Acuerdo y la Ley establecen diferentes definiciones y alcances geográficos de la contaminación derivada de la calina. De conformidad con el Acuerdo, por “contaminación derivada de la calina” se entenderá el humo procedente de incendios terrestres y/o forestales con efectos nocivos de tal naturaleza que pongan en peligro la salud humana, dañen los recursos biológicos y los ecosistemas, así como los bienes materiales, y menoscaben el disfrute y otros usos legítimos del medio ambiente o interfieran en ellos⁷⁷. Por “contaminación transfronteriza derivada de la

⁶⁴ Acuerdo de la ASEAN, primera parte (disposiciones generales), art. 1 (términos empleados), párr. 3: “por ‘quema controlada’ se entenderá cualquier fuego, combustión o llama que se produzca al aire libre, que esté controlado por leyes, normas, reglamentos o directrices nacionales y no desencadene incendios ni cause contaminación transnacional derivada de la calina”; “la ‘política de prohibición de las quemaduras’ prohíbe las quemaduras al aire libre, pero permite algunas formas de quema controlada” (*ibid.*, párr. 14).

⁶⁵ Acuerdo de la ASEAN, segunda parte (vigilancia, evaluación, prevención y respuesta), arts. 5, 6 y 7.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 8 (evaluación).

⁶⁷ *Ibid.*, art. 9 (prevención).

⁶⁸ *Ibid.*, art. 10 (preparación).

⁶⁹ *Ibid.*, la tercera parte (cooperación técnica e investigación científica) incluye medidas para elaborar una lista de expertos de la región de la ASEAN y extrarregionales con miras a campañas de capacitación, formación y sensibilización en la materia, y una lista del equipo y los servicios técnicos.

⁷⁰ *Ibid.*, segunda parte (vigilancia, evaluación, prevención y respuesta), arts. 11 a 15.

⁷¹ Ley de Singapur, tercera parte (administración), art. 9 (notificación de adopción de medidas preventivas para prevenir, reducir o controlar la contaminación derivada de la calina).

⁷² *Ibid.*, art. 10 (competencia para obtener información), y tercera parte (administración), art. 14 (penas por obstruir la labor del Director General o el funcionario autorizado).

⁷³ *Ibid.*, tercera parte (administración), art. 11 (competencia para examinar y asegurar la comparecencia, y otras cuestiones).

⁷⁴ *Ibid.*, cuarta parte (disposiciones varias), art. 17 (citación).

⁷⁵ *Ibid.*, art. 2.

⁷⁶ *Ibid.*, segunda parte (vigilancia, evaluación, prevención y respuesta), art. 8 (presunciones).

⁷⁷ Acuerdo de la ASEAN, primera parte (disposiciones generales), art. 1 (términos empleados), párr. 6: “por ‘contaminación derivada de la calina’ se entenderá el humo procedente de incendios terrestres y/o forestales con efectos nocivos de tal naturaleza que pongan en peligro la

calina” se entenderá la contaminación por la calina cuyo origen físico se encuentra total o parcialmente en una zona bajo la jurisdicción nacional de un Estado miembro y que se transporta a una zona bajo la jurisdicción de otro Estado miembro⁷⁸. Cada Estado miembro tiene la obligación de prevenir ese tipo de contaminación transfronteriza en su jurisdicción territorial. En virtud de la Ley, la existencia de contaminación derivada de la calina está determinada por el índice de calidad del aire. Por “contaminación derivada de la calina en Singapur” se entenderá la contaminación del medio ambiente de Singapur causada por un episodio de mala calidad del aire al que haya contribuido el humo de un incendio terrestre o forestal ocurrido completamente fuera del territorio de Singapur⁷⁹. Se produce un episodio de mala calidad del aire cuando: a) el índice de calidad del aire de cualquier lugar de Singapur alcanza o supera la cifra prevista; y b) en las 24 horas siguientes o más, el índice de calidad del aire de ese mismo lugar o de cualquier otro lugar de Singapur se mantiene en la cifra prevista, la alcanza o la supera⁸⁰. Según se indica, el objetivo de la legislación es transmitir un mensaje disuasorio claro y hacer que las empresas rindan cuentas de sus actos. Así pues, la Ley comprende cualquier conducta o actividad fuera del territorio de Singapur que cause o contribuya a causar contaminación derivada de la calina en el país, lo que justifica la aplicación extraterritorial de la Ley⁸¹.

27. El entonces Ministro de Medio Ambiente y Recursos Hídricos de Singapur explicó ante el Parlamento lo siguiente: “[P]uesto que se trata de combatir la contaminación transfronteriza derivada de la calina, para que la Ley sea eficaz es necesario adoptar un enfoque extraterritorial. Ese ejercicio de jurisdicción extraterritorial con arreglo al proyecto de ley está en consonancia con el derecho internacional, especialmente con el objetivo del principio de territorialidad penal”⁸². La Ley permite al Organismo Nacional del Medio Ambiente enjuiciar a las empresas y personas extranjeras que causan contaminación atmosférica grave en el país, yendo más allá de la jurisdicción de Singapur de una manera (potencialmente) muy intrusiva.

28. Al parecer, Indonesia no se opuso, al menos públicamente, a la aplicación extraterritorial de la Ley en el momento de su aprobación, pues su Presidente, Joko Widodo, expresó su apoyo al respecto, siempre que se respetara la soberanía de Indonesia⁸³. No obstante, el problema quedó patente en 2015, cuando Singapur sufrió una grave contaminación por la calina. En septiembre y octubre de 2015, se emitieron notificaciones de adopción de medidas preventivas, con arreglo al artículo 9 de la Ley, dirigidos a seis empresas establecidas en Indonesia, pidiéndoles que: a) desplegaran personal de lucha contra incendios para extinguir o impedir la propagación de cualquier incendio desencadenado en un terreno de su propiedad u ocupado por ellas; b) suspendieran o no iniciaran actividades de quema en esos terrenos; y c) presentaran al Organismo cualquier plan de acción para extinguir incendios en esos terrenos o evitar que volvieran a producirse⁸⁴. No obstante, ha resultado difícil lograr la cooperación, ya que, en abril de 2016, el Gobierno de Singapur comunicó que solo habían respondido dos empresas. El 11 de mayo de 2016,

salud humana, dañan los recursos biológicos y los ecosistemas, así como los bienes materiales, y menoscaban el disfrute y otros usos legítimos del medio ambiente o interfieren en ellos.”

⁷⁸ *Ibid.*, párr 13.

⁷⁹ Ley de Singapur, primera parte (cuestiones preliminares), art. 2 (interpretación).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, primera parte (cuestiones preliminares), art. 4 (aplicación extraterritorial).

⁸² Véase la nota 60 *supra* [sin cursiva en el original].

⁸³ Ryan Nicholas Hong, “Singapore’s Transboundary Haze Pollution Act and the Shield of Sovereignty in Southeast Asia”, *Singapore Law Review*, vol. 34 (2016), págs. 105 y 106.

⁸⁴ Hoja informativa del Organismo: www.nea.gov.sg/docs/default-source/corporate/COS-2016/ep1--updated---cos-2016-media-factsheet---thpa-and-green-procurement.pdf. Véase también www.straitstimes.com/asia/se-asia/app-affirms-no-deforestation-pledge-amid-scepticism.

el Organismo obtuvo una orden judicial de comparecencia de un director no identificado de una de las cuatro empresas que no respondió y que anteriormente no había asistido a una entrevista con el Organismo mientras estaba en el país. Ello suscitó una fuerte reacción de Indonesia, que emitió una protesta diplomática el 12 de mayo de 2016⁸⁵.

29. Al evaluar la situación jurídica, debe tenerse en cuenta que, desde 2005, Singapur ha ofrecido cada año a Indonesia medidas de asistencia para luchar contra la calina a fin de ayudar a controlar activamente los incendios. Del 10 al 24 de octubre de 2015, Singapur envió a Indonesia un helicóptero Chinook con el equipo necesario para luchar contra incendios relacionados con la calina. También le ha proporcionado imágenes de satélite de alta resolución de los incendios e información conexa para contribuir a los esfuerzos para combatirlos⁸⁶.

30. Así pues, los Estados recurren a la aplicación extraterritorial del derecho nacional del medio ambiente para colmar las lagunas de los tratados en la materia. Se puede decir que esa aplicación en derecho internacional no es ni totalmente legal, ni totalmente ilegal. Podría decirse que es oponible al Estado (Indonesia) al que se aplica extraterritorialmente el derecho interno (de Singapur). La noción de oponibilidad ha sido empleada por la Corte Internacional de Justicia en varios fallos, cuando no hay derecho aplicable o la legislación se está modificando, con efectos jurídicos provisionales y limitados a las partes interesadas⁸⁷.

31. Sobre la base de lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 10: Aplicación

1. Los Estados han de aplicar en su derecho interno las obligaciones establecidas por el presente proyecto de directrices con respecto a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La aplicación nacional adopta la forma de medidas legislativas, administrativas y judiciales.

2. Todo incumplimiento de las obligaciones equivalente a su violación da lugar a la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional si las acciones u omisiones les son atribuibles y el daño o riesgo queda demostrado con pruebas claras y convincentes.

3. Los Estados también deben aplicar de buena fe las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.

4. La aplicación extraterritorial del derecho interno por un Estado es admisible cuando existan motivos fundados en el derecho internacional. Debe ejercerse con prudencia, teniendo en cuenta la cortesía entre los Estados de que se trate. Un Estado no debe imponer la aplicación extraterritorial de su derecho interno en ninguna circunstancia.

III. Cumplimiento

32. El cumplimiento es más que la coherencia del comportamiento con las normas jurídicas, y las diferentes teorías del derecho internacional dan lugar a conceptos muy distintos de cumplimiento⁸⁸. Como se señalaba antes (párr. 10), mientras que el

⁸⁵ Hong, "Singapore's Transboundary Haze Pollution Act" (véase la nota 83 *supra*), págs. 117 y 118.

⁸⁶ Véase la hoja informativa del Organismo (nota 84 *supra*).

⁸⁷ Murase, "Unilateral measures" (véase la nota 48 *supra*).

⁸⁸ Edith Brown Weiss (ed.), *International Compliance with Nonbinding Accords*, Studies in Transnational Legal Policy, núm. 29 (Washington, D.C., American Society of International Law, 1997). Véase "Introduction", *ibid.*, págs. 1 a 20; y Benedict Kingsbury, "The Concept of

término “aplicación” se refiere a las medidas que adoptan los Estados para hacer efectivas las disposiciones de un tratado en el derecho interno, en este contexto el término “cumplimiento” hace alusión a los mecanismos o procedimientos adoptados en el ámbito del derecho internacional para determinar si los Estados observan realmente a las disposiciones del tratado y las medidas de aplicación establecidas⁸⁹. Los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente relativos a la protección de la atmósfera han incorporado de manera generalizada mecanismos y procedimientos contra el incumplimiento, y en la presente sección se examinarán sus características especiales analizando sus modalidades⁹⁰.

A. Violación *versus* incumplimiento

33. Hay una diferencia esencial entre la “violación” y el “incumplimiento” en relación con las obligaciones internacionales. La “violación” del derecho internacional por un Estado entraña su responsabilidad internacional⁹¹, que puede materializarse recurriendo a procedimientos de arreglo de controversias o, en determinadas circunstancias, adoptando contramedidas unilaterales contra la parte incumplidora⁹². Dado que la responsabilidad del Estado se basa en una concepción objetiva de “violación” del derecho internacional⁹³, no puede tener en cuenta los motivos subjetivos de tal violación⁹⁴, aunque es posible que en algunos casos sean circunstancias que excluyan la ilicitud o sean atenuantes. En cambio, el concepto de “incumplimiento” busca una solución amistosa. La idea fundamental en que se basa es que la inobservancia por un Estado de una obligación internacional puede no deberse a la falta de voluntad de hacerlo, sino a la incapacidad para hacer frente a la situación por motivos técnicos o dificultades financieras⁹⁵. En este contexto, el propósito es “ayudar” a esos Estados a que vuelvan a cumplir sus obligaciones, no necesariamente incriminarlos por no haberlo hecho⁹⁶. El objetivo primordial, en un

compliance as a function of competing conceptions of international law”, *ibid.*, págs. 49 a 80. El Relator Especial desea expresar su profunda gratitud a Osamu Yoshida y a Masayuki Hiromi por su contribución a esta sección del presente informe.

⁸⁹ Edith Brown Weiss y Harold Jacobson (eds.), *Engaging Countries* (véase la nota 37 *supra*), “A framework for analysis”, págs. 1 a 18, en especial pág. 4.

⁹⁰ Véase, en general, Murase, *International Law: An Integrative Perspective* (véase la nota 43 *supra*), págs. 115 y 116 y 173 y 174; Jan Klabbbers, “Compliance procedures”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 996 a 1009; Gerhard Loibl, “Compliance Procedures and Mechanisms”, en *Research Handbook of International Environmental Law*, Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 426 a 449; y Sands y Peel, *Principles of International Environmental Law* (nota 35 *supra*), págs. 163 a 167.

⁹¹ James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2002), pág. 77, párr. 1.

⁹² Martti Koskenniemi, “Breach of treaty or non-compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3 (1992), pág. 125.

⁹³ Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility* (véase la nota 91 *supra*), pág. 84, párr. 10.

⁹⁴ Koskenniemi, “Breach of treaty or non-compliance?” (véase la nota 92 *supra*), pág. 126. El término “violación” contiene cierto elemento culposo de condena (*ibid.*, pág. 145).

⁹⁵ Abram Chayes y Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995), pág. 10; y Malgosia Fitzmaurice, “Environmental compliance control”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, págs. 541 y 542, párr. 2.

⁹⁶ M. Fitzmaurice y C. Redgwell, “Environmental non-compliance procedures and international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXI (2000), págs. 35 a 65, en especial

contexto multilateral, es alentar a los Estados a que cumplan sus obligaciones y, en caso de no hacerlo, establecer un sistema “más flexible” para hacer frente al incumplimiento que el que ofrecen los procedimientos tradicionales de arreglo de controversias, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y la imposición de medidas de reparación. Este concepto de “cumplimiento” se deriva, entre otras cosas, del principio de cooperación⁹⁷ establecido en el proyecto de directriz 8⁹⁸.

34. Los procedimientos en caso de incumplimiento han sido adoptados de manera generalizada en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente relativos a la protección de la atmósfera, como el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia y sus Protocolos posteriores⁹⁹, el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono¹⁰⁰, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio de Espoo)¹⁰¹, el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁰² y el Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁰³.

B. Tipos de mecanismos de incumplimiento

35. En general, en la práctica de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente relativos a la protección de la atmósfera hay dos maneras fundamentales de abordar el incumplimiento: la fórmula para la facilitación/promoción y la fórmula coercitiva/para el cumplimiento obligatorio. A veces esas dos fórmulas se combinan para complementarse. No obstante, hay una diferencia filosófica esencial entre ellas, pues mientras que la fórmula para la facilitación subraya la importancia de prestar asistencia a la parte incumplidora, la fórmula para el cumplimiento obligatorio

pág. 39; y O. Yoshida, *The International Legal Régime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer* (La Haya, Kluwer Law International, 2001), págs. 178 y 179.

⁹⁷ Koskenniemi, “Breach of treaty or non-compliance?” (véase la nota 92 *supra*), pág. 127.

⁹⁸ Véase el anexo. Véase también el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/681), págs. 41 a 52, párrs. 60 a 77.

⁹⁹ Véase Tuomas Kuokkanen, “The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution”, en *Making Treaties Work: Human Rights, Environment and Arms Control*, Geir Ulfstein (ed.) (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2007), págs. 161 a 178; Tuomas Kuokkanen, “Practice of the Implementation Committee under the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution”, en *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll y Rüdiger Wolfrum (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 39 a 51; Enrico Milano, “Procedures and mechanisms for review of compliance under the 1979 Long-Range Transboundary Air Pollution Convention and its Protocols”, en *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Tullio Treves y otros (eds.) (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009), págs. 169 y 180. Véase también Adam Byrne, “Trouble in the air: recent developments under the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 26 (2017), págs. 210 a 219.

¹⁰⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1522, núm. 26369, pág. 3, y UNEP/OzL.Pro.4/15.

¹⁰¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309. El apéndice V (Análisis de proyectos *a posteriori*) del Convenio establece que uno de sus objetivos es “[s]upervisar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la autorización o aprobación de la actividad, así como la eficacia de las medidas paliativas”. Véase también la decisión 1997/2 (ECE/EB.AIR/53, anexo III).

¹⁰² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162, y decisión 24/CP.7 (FCCC/CP/2001/13/Add.3).

¹⁰³ FCCC/CP/2015/10/Add.1, anexo.

considera que la observancia solo puede lograrse sancionando la violación de las obligaciones por el Estado incumplidor¹⁰⁴.

1. Protocolo de Montreal

36. El modelo más importante de procedimiento relativo al incumplimiento fue el establecido en el artículo 8 del Protocolo de Montreal. Con arreglo a esa disposición, la cuarta Reunión de las Partes, celebrada en 1992, creó el Comité de Aplicación y aprobó el procedimiento en caso de incumplimiento¹⁰⁵. Se acordó, en particular, que el procedimiento debía “ser cooperativo, evitar la confrontación y ser conciliador”¹⁰⁶. Así pues, la lista indicativa de medidas que podría adoptar la Reunión de las Partes en caso de incumplimiento, aprobada en la decisión IV/5 de la cuarta Reunión de las Partes, prevé: “a) Asistencia adecuada, incluida asistencia para la reunión y presentación de datos, asistencia técnica, transferencia de tecnología y asistencia financiera, transferencia de información y capacitación”¹⁰⁷. No obstante, en algunos casos en que la violación se debe a la falta de voluntad de cumplimiento, el procedimiento se transmuta en algo parecido a los procedimientos tradicionales de arreglo de controversias para determinar la existencia de una violación y adopción de sanciones, que incluiría las medidas siguientes: “b) Formulación de advertencias” y “c) Suspensión, de conformidad con las normas del derecho internacional aplicables a la suspensión de las disposiciones de un tratado, de derechos y privilegios concretos reconocidos en el Protocolo, [...] incluidos los derechos y privilegios relativos a racionalización industrial, producción, consumo, comercio, transferencia de tecnología, mecanismos financieros y arreglos institucionales”. Con todo, el método del procedimiento suele centrarse en la prestación de asistencia. El modelo establecido en el marco del Protocolo de Montreal influyó mucho en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente posteriores, así como en algunos acuerdos más antiguos que establecieron ulteriormente procedimientos en caso de incumplimiento¹⁰⁸. En ese sentido, en general se ha considerado que la práctica del

¹⁰⁴ Véase, Jacob Werksman, “Compliance and the Kyoto Protocol: building a backbone into a ‘flexible’ regime”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, núm. 1 (1998), págs. 48 a 101. Esto nos recuerda el debate filosófico sobre la naturaleza humana mantenido en la antigua China entre Mencius (372-289 a. C.), que sostenía que la naturaleza humana era esencialmente “buena”, y Xun Zi (313-238 a. C.), que pensaba que era esencialmente “mala”. En el derecho internacional, los Estados suelen considerarse “malos” en el sentido de que no cumplirían el derecho internacional si no se vieran obligados a hacerlo bajo amenaza de sanción, es decir, sometidos al derecho en materia de responsabilidad del Estado, reparaciones y sanciones, mientras que en el derecho internacional del medio ambiente se considera que los Estados son “buenos” en la medida en que son partes en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente pertinentes, que prestan “asistencia” en lugar de imponer un “castigo” en caso de incumplimiento.

¹⁰⁵ Decisión IV/5 (UNEP/OzL.Pro.4/15), párr. 56, y anexo IV, párr. 5. En relación con el proceso de negociación del procedimiento relativo al incumplimiento del Protocolo de Montreal, véase Yoshida, *The International Legal Regime* (nota 96 *supra*), págs. 177 a 180.

¹⁰⁶ Francesca Romanin Jacur, “The non-compliance procedure of the 1987 Montreal Protocol to the 1985 Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer”, en *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Tullio Treves y otros (eds.) (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009), págs 11 a 31, en especial pág. 15.

¹⁰⁷ UNEP/OzL.Pro.4/15, anexo V; Koskenniemi, “Breach of treaty or non-compliance?” (véase la nota 92 *supra*), págs. 123 a 162; Laurence Boisson de Chazournes, “La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l’environnement: enjeux et défis”, *Revue générale de droit international public*, núm. 1 (1995), págs. 62 a 67; Feja Lesniewska, “Filling the holes: the Montreal Protocol’s non-compliance mechanisms”, *Research Handbook on International Environmental Law*, Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.), (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 471 a 489.

¹⁰⁸ Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015), pág. 285.

procedimiento en caso de incumplimiento con arreglo al Protocolo de Montreal ha sido la más eficaz para facilitar el cumplimiento¹⁰⁹.

37. Hasta la fecha, los casos de medidas punitivas por incumplimiento de las Partes no incluidas en el artículo 5 (Situación especial de los países en desarrollo) son poco frecuentes, a excepción de la Federación de Rusia¹¹⁰. En lo que respecta a los países en desarrollo que cumplen las condiciones establecidas en el artículo 5¹¹¹, el Comité de Aplicación ha optado por una fórmula para la facilitación/promoción en la mayoría de los casos de incumplimiento, incluso después de 1999, cuando terminó el período de gracia concedido a los países en desarrollo¹¹². La mayoría de los casos se refieren a la no presentación de datos sobre el consumo por los países en desarrollo debido a la falta de capacidad financiera y técnica. En esos casos, por recomendación del Comité, la Reunión de las Partes adoptó decisiones que instaban a las partes a que presentaran informes sin demora y asesoraban sobre la manera de mejorar la presentación de informes¹¹³.

¹⁰⁹ David G. Victor, “The operation and effectiveness of the Montreal Protocol’s non-compliance procedure”, en *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments: Theory and Practice*, David G. Victor, Kal Raustiala y Eugene B. Skolnikoff (eds.), (Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1998), págs. 137 a 176. De su 7ª reunión (1995) a su 29ª reunión (2017), la Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal ha adoptado 154 decisiones sobre incumplimiento en relación con 72 Estados parte (18 de ellos no incluidos en el artículo 5), la Unión Europea y 8 grupos de partes (2 de ellos no incluidos en el artículo 5). En 114 decisiones, la Reunión de las Partes recurrió a la asistencia y las advertencias para que las partes incumplidoras volvieran a observar sus obligaciones. Véase <http://ozone.unep.org/es/manual-del-protocolo-de-montreal-relativo-las-sustancias-que-agotan-la-capa-de-ozono/31364>.

¹¹⁰ En 1994, en la sexta Reunión de las Partes, la Federación de Rusia y algunos otros Estados hicieron una declaración conjunta sobre el posible incumplimiento de las obligaciones relativas a la eliminación gradual de las sustancias que agotan la capa de ozono contraídas en virtud del Protocolo, debido en parte a problemas económicos y otros problemas internos. El Comité de Cumplimiento consideró la declaración de Rusia como una “comunicación”, lo que puso en marcha el procedimiento en caso de incumplimiento por autoacusación. El Comité trató de acordar una fórmula para hacer frente al incumplimiento con la Federación de Rusia, pero no llegó a un acuerdo total. Aunque la Federación de Rusia no estuvo de acuerdo con todo el proyecto de decisión y solicitó una votación oficial, la Reunión de las Partes adoptó restricciones comerciales contra la Federación de Rusia, imponiendo una prohibición del comercio de sustancias que agotan la capa de ozono. La Federación de Rusia afirmó que la Reunión de las Partes había abusado de su facultad discrecional al decidir sobre esas medidas coercitivas/para el cumplimiento obligatorio como restricciones comerciales sin agotar las demás medidas para la facilitación/promoción previstas en la lista indicativa. “Véase la decisión VII/18 y párrs. 128 y 129 en [UNEP/OzL.Pro.7/12](#). Véase Jacob Werksman, “Compliance and transition: Russia’s non-compliance tests the ozone regime”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 56 (1996), págs. 750 a 773; y Jacur, “The failure procedure of the 1987 Montreal Protocol” (véase la nota 106 *supra*), págs. 31 y 32.

Otra decisión sobre incumplimiento es la decisión XXIII/26, en la que la Reunión de las Partes dispuso que la Unión Europea no cumpliera lo dispuesto en los artículos 4 y 5.

¹¹¹ En la decisión I/12E de la primera Reunión de las Partes se acordó la lista de países en desarrollo. Posteriormente, la Reunión de las Partes añadió a Turquía (decisión III/5), Georgia (decisión VIII/29), Moldova (decisión IX/26), Sudáfrica (decisión IX/27), Kirguistán (decisión XII/11), Armenia (decisión XIV/2), Turkmenistán (decisión XVI/39) y Chipre (decisión XVII/2) como países en desarrollo. Eslovenia (decisión XII/12), Malta (decisión XVI/40), Rumania (decisión XIX/19) y Croacia (decisión XXV/16), que habían sido reconocidos como países en desarrollo, fueron eliminados de la lista a petición propia.

¹¹² Jacur, “The non-compliance procedure” (véase la nota 110 *supra*), pág. 31.

¹¹³ Decisión XIII/16 ([UNEP/OzL.Pro.13/10](#), pp. 41–42). Véase también K. Madhava Sarma, “Compliance with the multilateral environmental agreements to protect the ozone layer”, en *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*, Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll y Rüdiger Wolfrum (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pág. 34.

38. Se presentaron numerosos casos de incumplimiento de las obligaciones de reducción y de supresión progresiva de las sustancias que agotan la capa de ozono en relación con Estados con economías en transición. Tras la prestación de nueva asistencia técnica y financiera por el Fondo Multilateral y el Fondo para el Medio Ambiente Mundial, la situación de incumplimiento mejoró¹¹⁴. Hasta la fecha, no parece haber ningún caso en que las partes hayan sido privadas de asistencia o hayan visto suspendidos sus derechos y privilegios en virtud del Protocolo, aunque la Reunión de las Partes, de conformidad con las recomendaciones del Comité de Aplicación, ha formulado advertencias recientemente en el sentido de que adoptaría ese tipo de medidas coercitivas en caso de que el Estado incumplidor no pudiera volver a cumplir sus obligaciones mediante las medidas facilitadoras aplicadas.

2. Protocolo de Kyoto

39. En cambio, el Protocolo de Kyoto previó fórmulas tanto para la facilitación como para el cumplimiento obligatorio, aparentemente haciendo más hincapié en las segundas. El artículo 18 del Protocolo dispone que, al establecer procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento, “[t]odo procedimiento o mecanismo que [...] prevea consecuencias de carácter vinculante será aprobado por medio de una enmienda al presente Protocolo”. Por tanto, inicialmente se entendió que, puesto que la autoridad para imponer medidas coercitivas entrañaría sin duda consecuencias de carácter vinculante, el establecimiento de tales medidas solo sería posible mediante una enmienda al Protocolo. Sin embargo, lo que se aprobó en el primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto, celebrada en Montreal en 2005, fueron principalmente fórmulas “estrictas” para el cumplimiento obligatorio mediante la imposición de sanciones a los países desarrollados incumplidores¹¹⁵. La decisión anterior, adoptada en el séptimo período de sesiones de la Conferencia de las Partes (decisión 24/CP.7), celebrado en Marrakech en 2001, dispone que el nivel de reducción/limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero se deduzca de la cantidad atribuida para el segundo período de compromiso en el caso de los países (industrializados) incumplidores del anexo I. La tasa de deducción se fijó en 1,3 veces la cantidad en toneladas de las emisiones excedentarias en el primer período de compromiso; el grupo de control del cumplimiento es el encargado de aplicar la sanción¹¹⁶. Así, el

¹¹⁴ UNEP/OzL.Pro.16/17. Véase también UNEP/OzL.Pro.13/10.

¹¹⁵ Shinya Murase, “International lawmaking for the future framework on climate change: a WTO/GATT model”, in *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokyo, Sophia University Press, 2011), págs. 173 y 174; Olav Schram Stokke, Jon Hovi y Geir Ulfstein (eds.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance* (London, Earthscan, 2005); Geir Ulfstein y Jacob Werksman, “The Kyoto compliance system: towards hard enforcement”, *ibid.*, págs. 39 a 62; Ronald B. Mitchell, “Flexibility, compliance and norm development in the climate regime”, *ibid.*, págs. 65 a 83; Rüdiger Wolfrum y Jürgen Friedrich, “The Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol”, en Ulrich Beyerlin, Peter-Tobias Stoll y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006), págs. 53 a 68; Sabrina Urbinati, “Procedures and Mechanisms relating to Compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change”, en *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, Tullio Treves y otros (eds.) (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2009), págs. 63 a 84; Jutta Brunnée, “Climate Change and Compliance and enforcement processes”, en *International Law in the Era of Climate Change*, Rosemary Rayfuse y Shirley V. Scott (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), págs. 290 a 320.

¹¹⁶ Había graves problemas que debían señalarse en relación con el mecanismo en caso de incumplimiento del Protocolo de Kyoto: evidentemente, el establecimiento y la jurisdicción del grupo de control del cumplimiento formaban parte de las “consecuencias de carácter vinculante” que entrañaban una “enmienda” del Protocolo, de conformidad con su artículo 18. En segundo lugar, lo mismo ocurre con la sanción de 1,3 veces la cantidad de las emisiones excedentarias,

grupo de control del cumplimiento tendría que abordar dos posibles situaciones de incumplimiento y sus consecuencias. En primer lugar, el incumplimiento del compromiso de reducción de las emisiones previsto en el artículo 3, párrafo 1, del Protocolo, que tiene como consecuencia la deducción fijada en 1,3 veces la cantidad atribuida para el segundo período de compromiso. En segundo lugar, el incumplimiento relacionado con los sistemas nacionales para estimar las emisiones de gases de efecto invernadero de conformidad con el artículo 5, párrafo 1, y la preparación y presentación de información sobre la aplicación nacional con arreglo al artículo 7 del Protocolo, lo que hace que no reúna los requisitos para participar en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kyoto previstos en los artículos 6 (Aplicación conjunta), 12 (Mecanismo para un desarrollo limpio) y 17 (Comercio de los derechos de emisión). No obstante, el mecanismo de cumplimiento obligatorio anterior nunca llegó a ponerse en práctica porque no hubo un segundo período de compromiso en el marco del Protocolo de Kyoto, ya que este fue reemplazado por el Acuerdo de París de 2015.

40. En la práctica del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kyoto hasta la fecha, el grupo de control del cumplimiento ha abordado varios casos, mientras que al grupo de facilitación, que se ocupa de las cuestiones de posible incumplimiento antes de recaigan en el ámbito de competencia del grupo de control del cumplimiento, no se ha recurrido mucho¹¹⁷. Todos esos casos estaban relacionados con el incumplimiento y las obligaciones de procedimiento previstas en el artículo 5, párrafo 1, y el artículo 7¹¹⁸. El caso de Grecia fue el primero en que el grupo de control del cumplimiento examinó el incumplimiento. El 17 de abril de 2008, el grupo confirmó finalmente que ese país no había cumplido las obligaciones establecidas en el artículo 5, párrafo 1, y el artículo 7 del Protocolo y declaró “el incumplimiento por parte de Grecia”¹¹⁹. Sobre esa base, dispuso que Grecia debía “elaborar un plan según lo previsto en el párrafo 1 de la sección XV y presentarlo en un plazo de tres meses” y, de manera significativa, decidió que, entretanto, ese país “no re[unía] los requisitos para participar en los mecanismos [de comercio de los derechos de emisión] previstos en los artículos 6, 12 y 17 del Protocolo mientras no se res[olviera] la cuestión de aplicación”¹²⁰. El 27 de octubre de 2008, Grecia presentó un plan de cumplimiento (revisado), y el asunto se resolvió finalmente el 13 de noviembre de 2008, cuando el grupo de control del cumplimiento decidió otorgarle el derecho a participar en los mecanismos del Protocolo de Kyoto¹²¹. No obstante, se criticó el levantamiento de la suspensión de derechos y privilegios, ya que se decidió sin determinación explícita

que se refiere a un asunto con “consecuencias de carácter vinculante”. También está claro que una decisión de la Conferencia de las Partes no puede equipararse a una “enmienda” del Protocolo, que requiere la ratificación de las partes. Murase, *International Law: An Integrative Perspective* (véase la nota 43 *supra*), págs. 173 y 174.

¹¹⁷ Meinhard Doelle, “Compliance and Enforcement in the Climate Change Regime”, en *Climate Change and the Law*, Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi y Michael Mehling (eds.) (Springer, 2013), págs. 165 a 188, en especial pág. 172. En 2006, cuando Sudáfrica, en nombre del Grupo de los 77 y China, presentó al Comité de Cumplimiento una cuestión de aplicación para que la examinara el grupo de facilitación, este no pudo adoptar una decisión de proceder (documento CC-2006-1-1/FB, que puede consultarse en www.unfccc.int).

¹¹⁸ Aunque, en el caso de Ucrania, el grupo de control del cumplimiento decidió examinar el posible incumplimiento del artículo 3, párrafo 1, el grupo no podía, como cuestión de fondo, determinar si Ucrania estaba incumpliendo efectivamente el compromiso contraído. Véase Comité de Cumplimiento, decisión definitiva sobre Ucrania, 7 de septiembre de 2016 (documento CC-2016-1-6/Ucrania/EB, que puede consultarse en www.unfccc.int).

¹¹⁹ Comité de Cumplimiento, decisión definitiva sobre Grecia, 17 de abril de 2008 (CC-2007-1-8/Greece/EB que puede consultarse en www.unfccc.int), párr. 18 a).

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 18 b) y c).

¹²¹ Comité de Cumplimiento, decisión definitiva sobre Grecia, 13 de noviembre de 2008 (CC-2007-1-13/Greece/EB, que puede consultarse en www.unfccc.int).

alguna del carácter vinculante de la decisión del Comité de Cumplimiento¹²². Cuando en los casos de incumplimiento se adoptan medidas coercitivas/para el cumplimiento obligatorio en lugar de medidas para la promoción/facilitación, el carácter jurídicamente vinculante de las decisiones adoptadas por el Comité de Cumplimiento es decisivo para inducir al cumplimiento a los Estados incumplidores.

41. El caso relativo al incumplimiento por el Canadá de los requisitos de registro nacional establecidos en el artículo 7 del Protocolo puso de manifiesto que la introducción en el sistema de elementos de confrontación, como las sanciones, era sumamente indeseable. Si bien el Canadá declaró públicamente su intención de no cumplir el objetivo de reducción de las emisiones para finales de 2012¹²³, el incumplimiento de los objetivos de emisión no era un asunto del que pudiera ocuparse el grupo de control del cumplimiento. Aunque el grupo finalmente decidió no proceder con la cuestión de aplicación referente al cumplimiento del artículo 7¹²⁴, la posibilidad de aplicación de medidas para exigir el cumplimiento fue una de las razones por las que el Canadá se retiró del propio Protocolo. La práctica del grupo de control del cumplimiento indica que, cuando el incumplimiento da lugar a sanciones, las partes pueden mostrarse reacias a comprometerse a adoptar medidas más ambiciosas y, lo que es peor, pueden decidir no adherirse en absoluto al acuerdo. Por esa razón, el carácter de los mecanismos de incumplimiento establecidos para los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente después del Protocolo suele ser para la facilitación/promoción¹²⁵.

3. Acuerdo de París

42. Es significativo que el Acuerdo de París haya retomado a una fórmula para la facilitación/promoción. Si bien el proyecto de acuerdo de noviembre de 2015, preparado por el Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada, propuso una opción que habría vuelto a introducir mecanismos de cumplimiento bifurcados, con una fórmula coercitiva/para el cumplimiento obligatorio en el caso de las Partes que son países desarrollados y una fórmula para la facilitación/promoción en el caso de las Partes que son países en desarrollo (opción I del artículo 11), esa opción fue finalmente descartada¹²⁶. Así pues, en el Acuerdo de París no hay ningún grupo de control del cumplimiento. Por tanto, la disposición relativa al cumplimiento del Acuerdo de París fue redactada con detenimiento y, lo que finalmente se convirtió en su artículo 15, establece que: “1. Por el presente se establece un mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento de las disposiciones del presente Acuerdo. 2. El mecanismo mencionado en el párrafo 1 del presente artículo consistirá en un comité compuesto por expertos y de carácter facilitador, que funcionará de manera transparente, no

¹²² Dupuy y Viñuales, *International Environmental Law* (véase la nota 108 *supra*), pág. 288.

¹²³ “The Turning the Corner plan”, adoptado por el Gobierno de Stephen Harper y anunciado por el Ministro de Medio Ambiente, John Baird, el 26 de abril de 2007, con arreglo al cual el Canadá reduciría las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20% para 2020, lo que implicaba que no cumpliría los objetivos fijados por el Protocolo de Kyoto.

¹²⁴ Comité de Cumplimiento, decisión de no proceder, 15 de junio de 2008 (CC-2008-1-6/Canada/EB, que puede consultarse en www.unfccc.int).

¹²⁵ Nils Goeteyn y Frank Maes, “Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreement: An Effective Way to Improve Compliance?”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 10 (2011), págs. 791 a 826, en especial págs. 804 y 805.

¹²⁶ “Proyecto de acuerdo y proyecto de decisión sobre las esferas de trabajo 1 y 2 del Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada: trabajo del grupo de contacto del GPD”, 6 de noviembre de 2015, que puede consultarse en www.unfccc.int. Para conocer la historia de las negociaciones sobre un mecanismo de cumplimiento en el Acuerdo de París, véase Christina Voigt, “The Compliance and Implementation Mechanism of the Paris Agreement”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 25, núm. 2 (2016), págs. 162 a 164.

contenciosa y no punitiva. El comité prestará especial atención a las respectivas circunstancias y capacidades nacionales de las Partes”. Por consiguiente, se hace hincapié en que el mecanismo que se establezca debe tener carácter facilitador, no contencioso y no punitivo¹²⁷. Aunque ese mecanismo de cumplimiento es más débil que el del Protocolo de Kyoto, puesto que no prevé la aplicación obligatoria, podría resultar más eficaz porque se ha considerado que el mecanismo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto dificulta una aplicación del tratado y una participación en él que sean ambiciosos¹²⁸. Si bien el primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París, celebrado en Bonn en 2017, decidió que se seguirían elaborando las modalidades y procedimientos del mecanismo de cumplimiento, el Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo de París¹²⁹, que ha de preparar proyectos de elementos, subrayó que las medidas que está previsto que adopte el Comité de Cumplimiento deben ser de carácter facilitador y no punitivo¹³⁰.

43. Así pues, sobre la base de un análisis de lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 11: Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de manera efectiva las disposiciones del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de conformidad con las normas y los procedimientos de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente pertinentes.
2. En caso de incumplimiento, se pueden adoptar fórmulas para la facilitación y/o el cumplimiento obligatorio, según proceda.
3. Las medidas facilitadoras incluyen la prestación de asistencia de manera transparente, no contenciosa y no punitiva a los Estados que han incumplido sus obligaciones internacionales para velar por que las cumplan, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales.
4. Las fórmulas para el cumplimiento obligatorio incluyen advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente pertinentes y otras formas de sanción. Esas medidas solo deben adoptarse a fin de inducir a los Estados que hayan incumplido las obligaciones a que vuelvan a cumplirlas.

¹²⁷ Daniel Bodansky, “The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?”, *American Journal of International Law*, vol. 110, núm. 2 (2016), págs. 288 a 319; Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Lanvanya Rajamani, *International Climate Change Law* (Oxford, Oxford University Press 2017), pág. 246.

¹²⁸ Anik Kohli, “Making Sense of Transparency and Review in the Paris Agreement”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 26 (2015), págs. 46 a 67, en especial págs. 47 y 62. También puede considerarse más coherente con el enfoque ascendente establecido en el Acuerdo de París.

¹²⁹ En el 21er período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco sobre el Cambio Climático, celebrada en París en 2015, en virtud del párr. 103 de la decisión 1/CP.21, se pidió al Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo de París que elaborase modalidades y procedimientos para el funcionamiento eficaz del Comité de Cumplimiento, que fueron adoptados por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París.

¹³⁰ “Draft elements for APA agenda item 7: modalities and procedures for the effective operation of the committee to facilitate implementation and promote compliance referred to in Article 15.2 of the Paris Agreement – Informal note by the co-facilitators”, versión definitiva, 13 de noviembre de 2017, que puede consultarse en http://unfccc.int/files/na/application/pdf/apa_7_informalnote_final_version.pdf

IV. Arreglo de controversias

A. Formas de arreglo pacífico de controversias

44. Ya se ha explicado la diferencia y la relación entre el incumplimiento y el arreglo de controversias (véase el párr. 33 *supra*). Si bien ambos son mecanismos encaminados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, los procedimientos en caso de incumplimiento, establecidos en el marco de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente, tienen por objeto alentar y facilitar el cumplimiento, mientras que el arreglo de controversias suele ser un sistema contradictorio y contencioso previsto en las relaciones bilaterales entre los Estados partes en la controversia (aunque, a veces, las controversias pueden ser de carácter multilateral por la intervención de terceros Estados (Artículos 62 y 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)).

45. Cuando un conflicto entre Estados se convierte en una controversia¹³¹, el derecho internacional exige que se resuelva por los medios pacíficos previstos en el Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, o el recurso a organismos o acuerdos regionales¹³². Así, todas las controversias relativas a la protección de la atmósfera deben resolverse por alguno de estos métodos. Las soluciones enumeradas reflejan una progresión de las técnicas desde procedimientos informales a procedimientos formales¹³³. La renuencia de los Estados a ceder el control sobre sus controversias en materia de derecho internacional del medio ambiente hace que estas se aborden por medios no jurisdiccionales, en particular la negociación. A veces los Estados solicitarán la asistencia de un tercero para que actúe como mediador entre los Estados en la controversia o recibirán una oferta de mediación. Los Estados pueden pedir una intervención más formal de un tercero en forma de conciliación o investigación/constatación de los hechos, sin comprometerse, para obtener una determinación jurídica. La constatación de los hechos puede ser fundamental en algunas controversias ambientales que conllevan numerosas cuestiones de hecho y requieren conclusiones científicas fiables. Un arreglo regional, como la Alianza de Asia y el Pacífico para el Desarrollo Limpio y el Clima¹³⁴, puede considerarse útil para facilitar la interacción entre los Estados en relación con una cuestión concreta que sea preciso resolver, lo que responde a un interés compartido en abordar los problemas comunes. Los foros de arreglo de controversias establecidos en virtud de acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente se han vuelto cada vez más importantes¹³⁵. En comparación con los medios no judiciales de arreglo de controversias, el arbitraje y el arreglo judicial suelen entrañar la aplicación de normas jurídicas, una determinación de responsabilidad con carácter general (“*responsibility*”) o responsabilidad en razón de una obligación (“*liability*”) y un resultado que es jurídicamente vinculante para las partes interesadas. El sometimiento de una controversia a una corte o un tribunal puede ser preferible cuando fracasan las vías no judiciales. Los Estados pueden considerar que

¹³¹ John Collier y Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures* (Oxford, Oxford University Press, 1999), págs. 1 a 5.

¹³² Christian Tomuschat, “Article 33”, en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. 1, 2ª ed., Bruno Simma (ed.) (Munich, Verlag C. H. Beck, 2002), págs. 583 a 594.

¹³³ Nathalie Klein, “Settlement of international environmental law disputes”, *Research Handbook of International Environmental Law*, Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 379 a 400.

¹³⁴ Véase <https://aric.adb.org/initiative/asia-pacific-partnership-on-clean-development-and-climate>.

¹³⁵ Cesare P. R. Romano, “International Dispute Settlement”, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Daniel Bodansky, Jutta Brunnée y Ellen Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 1039 a 1042.

el fallo judicial o el laudo arbitral son medios útiles para determinar la responsabilidad, la causalidad y la reparación o indemnización, así como para articular y, quizás, elaborar normas sustantivas de derecho internacional del medio ambiente¹³⁶.

46. Cabe destacar que hay también una estrecha interacción entre los medios judiciales y no judiciales de arreglo de controversias. En el contexto de las controversias relacionadas con el medio ambiente, y en particular con la protección de la atmósfera, incluso en la etapa de las negociaciones iniciales se suele exigir a los Estados que aporten pruebas científicas suficientes para fundamentar sus reclamaciones, lo que hace que a veces cueste distinguir entre la negociación y el arreglo judicial. Si bien la siguiente sección del presente informe se centra en la cuestión de las pruebas científicas en el arreglo judicial, el análisis que contiene sin duda también es de suma importancia en el contexto de los métodos no judiciales de arreglo de controversias (incluida la negociación).

B. Características del arreglo judicial de las controversias relativas a la protección de la atmósfera

1. La Corte Internacional de Justicia y las pruebas científicas¹³⁷

47. La Comisión ha destacado la importancia de las aportaciones científicas al desarrollo progresivo del derecho internacional relativo a la protección de la atmósfera, lo que ha propiciado la celebración de sesiones de diálogo con científicos¹³⁸. Del mismo modo, cuanto más avanzan la ciencia y la tecnología, más complicadas son las cuestiones científicas y técnicas que se plantean en el proceso del arreglo internacional de controversias. En los últimos años, las causas sometidas a la Corte Internacional de Justicia se han centrado cada vez más en asuntos de derecho ambiental, que conllevan numerosas cuestiones de hecho y complicadas pruebas científicas y técnicas¹³⁹. Tradicionalmente, la Corte ha mantenido una actitud

¹³⁶ Klein, "Settlement of international environmental law disputes" (véase la nota 133 *supra*), pág. 387.

¹³⁷ El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a Mariko Fukasaka por haber redactado esta sección del presente informe.

¹³⁸ Véase la nota 1 *supra*. Véase también Shinya Murase, "Scientific knowledge and progressive development of international law: with reference to the ILC topic on the protection of the atmosphere", en *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, James Crawford y otros (eds.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2017), págs. 41 a 52.

¹³⁹ Véanse el discurso del Presidente Ronnie Abraham ante la Sexta Comisión el 28 de octubre de 2016 (sobre las causas relativas al derecho internacional del medio ambiente sometidas a la Corte Internacional de Justicia) (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/0/19280.pdf); y Presidente Peter Tomka, "The ICJ in the service of peace and justice – words of welcome by President Tomka", 29 de septiembre de 2013 (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17538.pdf). Véanse también Shabtai Rosenne, "Fact-finding before the International Court of Justice", en *Essays on International Law and Practice* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007), pág. 237; Eduardo Valencia-Ospina, "Evidence before the International Court of Justice", *International Law Forum du droit international*, vol. 1, núm. 4 (1999), págs. 202 a 207; Anna Riddell, "Scientific evidence in the International Court of Justice – problems and possibilities", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 20 (2009), págs. 229 a 258; Bruno Simma, "The International Court of Justice and scientific expertise", *American Society of International Law, Proceedings of the 106th Annual Meeting* (2012), págs. 230 a 233; Gillian White, "The use of experts by the International Court", en *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.) (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 1996); Anna Riddell y Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2009), cap. 9; D. Peat, "The

pasiva con respecto a la determinación de los hechos, y el tratamiento de las cuestiones muy técnicas no ha sido la excepción. Así, por ejemplo, desde la causa relativa al *Canal de Corfú* de 1949 y la causa relativa al *Golfo de Maine* de 1984, la Corte no había vuelto a nombrar a sus propios peritos de conformidad con el Artículo 50 de su Estatuto hasta que, mucho tiempo después, nombró a un perito en la causa relativa a la *Delimitación marítima (Costa Rica c. Nicaragua)*, pendiente al mes de diciembre de 2017). No obstante, ha habido un cambio notable en la actitud de la Corte a ese respecto. Por consiguiente, es necesario determinar el origen de esta transformación examinando las últimas causas en las que la Corte ha tenido que analizar cuestiones de derecho internacional del medio ambiente en las que concurrían importantes factores científicos, que sin duda reflejan, directa o indirectamente, características específicas del arreglo judicial de controversias relativas a la protección de la atmósfera.

48. La importancia de la cuestión de las pruebas científicas merece un examen detallado de las causas siguientes: *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), *Plantas de celulosa* (2010), *Caza de la ballena en el Antártico* (2014), *Fumigación aérea de herbicidas* (desistimiento en 2013) y *Construcción de una carretera* (2015). En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, las partes siguieron el método tradicional de presentación de las pruebas, es decir, por conducto de peritos asesores, aunque, en lugar de abogados, estos eran científicos y sus conclusiones científicas se consideraron alegaciones de las partes. Las partes en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, que en ciertos aspectos se refería al medio ambiente atmosférico, siguieron el mismo método recurriendo a peritos asesores, pero recibieron fuertes críticas de los magistrados y los comentaristas. Así, en la causa relativa a la *Caza de la ballena*, las partes nombraron a peritos independientes que fueron repreguntados y a cuyas declaraciones se atribuyó más peso que a las de los peritos asesores. En la causa siguiente, relativa a la *Construcción de una carretera*, las partes siguieron la práctica de la causa relativa a la *Caza de la ballena* con peritos designados por ellas. En todas estas causas, la Corte no nombró a sus propios peritos de conformidad con el Artículo 50 de su Estatuto¹⁴⁰, pero acabó haciéndolo en la causa relativa a la *Delimitación marítima* mencionada más arriba, aunque esta no era en sí una controversia sobre derecho ambiental.

a. *Causa relativa al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (1997)*

49. La causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* se planteó a raíz de un proyecto conjunto para construir grandes presas hidroeléctricas en el río Danubio, es decir, un sistema de descarga, acordado entre Hungría y Checoslovaquia en un tratado

use of court-appointed experts by the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 271 a 303; James Gerard Devaney, *Fact-finding before the International Court of Justice* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2016); Caroline E. Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press, 2011); edición especial sobre los tribunales y cortes y el tratamiento de las cuestiones científicas, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, núm. 3 (2012); Christian Tams, “Article 50” y “Article 51”, en *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Andreas Zimmermann y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 1287 a 1311; Caroline E. Foster, “New clothes for the emperor? Consultation of experts by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), págs. 139 a 173; Jorge E. Viñuales, “Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), págs. 476 a 480; Giorgio Gaja, “Assessing expert evidence in the ICJ”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), págs. 409 a 418.

¹⁴⁰ El Artículo 50 establece lo siguiente: “La Corte podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial”.

de 1977. El proyecto se desarrolló en la primera mitad de la década de 1960, pero después Hungría suspendió y luego abandonó algunas de las obras de construcción. Entretanto, ante el fracaso de las negociaciones, Checoslovaquia procedió unilateralmente a poner en marcha un plan alternativo provisional, denominado Variante C, que preveía el funcionamiento del tramo de Gabčíkovo sin el tramo de Nagymaros, represando y desviando unilateralmente el Danubio en el territorio de Checoslovaquia¹⁴¹. Hungría respondió rescindiendo el tratado de 1977 mediante una declaración en 1992¹⁴². La controversia se sometió entonces a la Corte en virtud de un acuerdo especial entre Hungría y Eslovaquia (en su calidad de Estado sucesor de Checoslovaquia con respecto a la controversia sobre el proyecto) en 1993. Se plantearon a la Corte tres cuestiones fundamentales: a) si Hungría tenía derecho a suspender y abandonar las obras de construcción; b) si Checoslovaquia tenía derecho a poner en marcha la Variante C, consistente en la represa del Danubio en el territorio de Checoslovaquia; y c) cuáles serían los efectos jurídicos de la notificación por Hungría de la rescisión del tratado de 1977.

50. Dos de las cuestiones planteadas a la Corte —si Hungría tenía derecho a abandonar la construcción y si la Variante C era legal— entrañaban el examen de cuestiones de hecho sumamente técnicas, a saber, si el proyecto y la Variante C eran perjudiciales para el medio ambiente y provocaban un “estado de necesidad ecológica”, y si el proyecto y la Variante C estaban destinados ante todo a proteger y mejorar el medio ambiente. Se impulsó el aspecto técnico de la controversia, en particular por parte de Hungría, que intentó plantear cuestiones ambientales como parte esencial de sus argumentos. Las cuestiones técnicas descritas en la memoria de Hungría planteaban numerosas incertidumbres científicas y también requerían estudios interdisciplinarios extremadamente complicados en diferentes ámbitos técnicos, como la sismología, la hidrología, la hidrobiología, la química del agua, el transporte de sedimentos, la morfología fluvial, las ciencias del suelo, la silvicultura y la biología¹⁴³.

Argumentos de las partes sobre las cuestiones técnicas y el estado de necesidad ecológica

51. Entre otros argumentos, Hungría afirmaba que no se había hecho ninguna evaluación adecuada del impacto ambiental del proyecto inicial ni antes ni después del tratado de 1977; que los estudios realizados antes y después de 1989 indicaban que el sistema de descarga inicial podía causar un daño ambiental irreparable; y que dicho estado de necesidad ecológica excluía la ilicitud de los actos (la suspensión y el abandono de la construcción) para evitar daños irreversibles a un interés esencial, a saber, el medio ambiente, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y el tratado de 1977. Hungría también sostenía que la Variante C era ilegal, no solo por ser muy diferente del proyecto inicial, sino también porque causaba daños sensibles al medio ambiente de Hungría y quebrantaba el principio de utilización equitativa de los recursos naturales transfronterizos¹⁴⁴. Por su parte, Eslovaquia afirmaba que el riesgo y los daños que el proyecto inicial presuntamente podían causar al medio ambiente no habían sido probados ni corroborados por pruebas

¹⁴¹ *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, memoria de la República de Hungría, vol. 1, págs. 68 a 79.

¹⁴² *Ibid.*, págs. 79 a 87.

¹⁴³ *Ibid.*, memoria de la República Eslovaca, párr. 6.132; contramemoria de la República de Hungría, párr. 1.02; y *I.C.J. Pleadings 1995, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, réplica de la República de Hungría, vol. 1, párrs. 6 y 7. *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, memoria de la República de Hungría, vol. 1, págs. 137 y 138; y contramemoria de la República de Hungría, párrs. 1.44 a 1.49.

¹⁴⁴ *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, réplica de la República de Hungría, vol. 1, párrs. 1.149, 2.106, 3.59 y 3.179.

imparciales y científicas, ni en el momento en que Hungría suspendió/abandonó las obras ni cuando supuestamente rescindió el tratado de 1977; que las mejores pruebas disponibles, entre ellas la ejecución efectiva del proyecto de forma aproximada por medio de la Variante C, demostraban que el proyecto era sostenible desde el punto de vista ambiental; que Hungría exageraba enormemente e inventaba los riesgos para su abastecimiento de agua a fin de demostrar la existencia de una necesidad ecológica; y que Hungría exageraba la incertidumbre inherente a la evaluación de cuestiones ecológicas complejas a fin de subrayar y demostrar la existencia de un riesgo, dado que no podía demostrar ningún daño real. Eslovaquia concluía que no se había demostrado la existencia de una necesidad ecológica. También sostenía que la Variante C tenía por objeto minimizar los daños sufridos a consecuencia del abandono ilícito de la construcción por parte de Hungría. Argumentaba que la Variante C también mejoraba la conservación del medio ambiente, que era el objetivo del proyecto inicial¹⁴⁵. Así pues, el argumento relativo al estado de necesidad ecológica era la principal cuestión que la Corte tenía ante sí, cuestión que podía obligarla a evaluar complejas pruebas técnicas y que posteriormente ocupó un lugar central en el razonamiento de la Corte en su fallo. Ambas partes convinieron en el criterio jurídico para determinar la necesidad al adoptar las normas establecidas en los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado: un peligro “grave e inminente” para un “interés esencial”, que no pudiera ser evitado por “otros medios”¹⁴⁶.

52. En las alegaciones escritas y orales, la Corte tuvo que enfrentarse a situaciones difíciles en las que ambas partes cuestionaron la imparcialidad o la credibilidad de los argumentos y estudios técnicos de la parte contraria y presentaron interpretaciones contradictorias de la información técnica. Un examen de las alegaciones también ilustra el carácter sumamente técnico de la causa y el nivel de complejidad de las cuestiones planteadas en las deliberaciones de la Corte para tomar una decisión. A fin de apoyar sus respectivos argumentos sobre las cuestiones técnicas, ninguna de las partes nombró a peritos independientes para que presentaran pruebas en la vista, sino que, siguiendo la tradición, contrataron a peritos en calidad de “abogados” o “peritos asesores” como miembros de sus respectivos equipos.

53. Las afirmaciones contradictorias de las partes sobre estas cuestiones técnicas fueron uno de los aspectos fundamentales de la causa a lo largo de las tres series de alegaciones escritas, es decir, en los intercambios de memorias¹⁴⁷ y contramemorias de ambas partes¹⁴⁸ y en las evaluaciones científicas y refutaciones científicas, etc.¹⁴⁹. Dado que los científicos no habían sido nombrados como peritos independientes susceptibles de ser interrogados por la Corte, no pudieron ser repreguntados y

¹⁴⁵ *Ibid.*, réplica de la República Eslovaca, vol. 1, párrs. 3.21 a 3.30 y 3.106 a 3.117. *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, contramemoria de la República Eslovaca, vol. 1, párrs. 1.19 y 1.20.

¹⁴⁶ *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, réplica de la República de Hungría, vol. 1, párr. 3.21. Véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte). El proyecto de artículo sobre la necesidad aprobado provisionalmente en el momento de las actuaciones de la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* era el proyecto de artículo 33. No obstante, en los artículos finales aprobados por la Comisión figura como proyecto de artículo 25.

¹⁴⁷ *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, memoria de la República de Hungría, vol. 1, párrs. 5.01 a 5.140; y memoria de la República Eslovaca, vol. 1, párrs. 5.01 a 5.67.

¹⁴⁸ *Ibid.*, contramemoria de la República de Hungría, vol. 1, párr. 1.03; *ibid.*, vols. 2 (evaluación científica), 4 (anexos científicos y técnicos) y 5 (mapas, cifras, gráficos y fotografías). *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, réplica de la República de Hungría, vol. 1, párrs. 14 a 18; y vol. 2 (refutación científica).

¹⁴⁹ *I.C.J. Pleadings 1994, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, réplica de la República de Hungría, vol. 1, párr. 21.

únicamente atendieron a las preguntas ordinarias de los magistrados a los equipos de defensa.

Tratamiento de las cuestiones técnicas por la Corte

54. La cuestión del estado de necesidad en efecto ocupó un lugar central en el fallo de la Corte. Era necesario evaluar si los presuntos riesgos ambientales del proyecto constituían, como había establecido la Comisión, un peligro grave e inminente para un interés esencial de Hungría y si el abandono de la construcción era el único medio para salvaguardar ese interés¹⁵⁰. A fin de valorar la existencia de un peligro, la Corte también se refirió a la importancia de la incertidumbre científica mencionada por Hungría¹⁵¹. Reconoció que las preocupaciones ambientales constituían un interés esencial¹⁵². No obstante, concluyó que, para responder a las cuestiones que se le habían planteado, no era necesario determinar cuál de esos puntos de vista estaba mejor fundado científicamente: la Corte aceptó las alegaciones de Eslovaquia sobre casi todos los aspectos jurídicos y fácticos relativos a esta cuestión¹⁵³.

55. La Corte examinó el significado de incertidumbre y afirmó que la incertidumbre en sí misma no podía establecer la existencia objetiva de un peligro; aunque todo peligro evocaba la idea de riesgo, y eso era lo que lo distinguía de los daños materiales, su existencia debía establecerse en el momento pertinente. En última instancia, la Corte declaró que ninguno de esos supuestos riesgos constituía un peligro porque no cumplían el criterio de ser “inminente”, “grave” o el “único medio”. Poniendo de relieve que “la noción de necesidad está [...] profundamente arraigada en la teoría general *del derecho*”¹⁵⁴, la evaluación de la Corte pareció basarse en un razonamiento de derecho. No obstante, las consideraciones de la Corte a este respecto estaban estrechamente relacionadas con la evaluación de la información científica aportada por las partes. La Corte concluyó que los supuestos peligros no eran inminentes y señaló que Hungría podía haber recurrido a otros medios para hacer frente a los peligros que temía¹⁵⁵.

56. No obstante, la Corte concluyó también que “aun cuando se hubiera determinado que existía [...] un estado de necesidad”, Hungría no habría podido basarse en él para justificar el incumplimiento de las obligaciones inherentes al tratado, dado que, “por acción u omisión, había contribuido a que surgiera”. La Corte señaló que, “cuando Hungría asumió las obligaciones que le incumbían en virtud del tratado” en 1977, “estaba presumiblemente al corriente de la situación tal como se conocía a la sazón”, dado que, “[c]omo se desprende de los elementos que la Corte tiene ante sí” ambas partes ya “habían llevado a cabo numerosos estudios de carácter científico y técnico”. Esta parece ser una evaluación general de los argumentos contradictorios de las partes en cuanto a la suficiencia de los estudios científicos realizados antes de la conclusión del tratado de 1977¹⁵⁶.

57. En conclusión, la Corte pareció apoyar en general la afirmación de Eslovaquia de que la evaluación científica de Hungría se basaba en exceso en la incertidumbre y constituía una mera predicción. No obstante, lo hizo sin ofrecer ninguna explicación sustancial, ya fuera específica o técnica. En esta causa, las partes no nombraron a peritos para que prestaran declaración en el juicio y, pese al carácter muy técnico de las cuestiones en litigio, la Corte tampoco nombró a ningún perito en virtud del

¹⁵⁰ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7 y ss., en especial págs. 39 a 41, párrs. 49 a 52.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 54.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 53.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 50 (sin cursiva en el original).

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 55.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 57.

Artículo 50. En la decisión sobre la necesidad ecológica, la Corte destacó en primer lugar que se trataba de un concepto jurídico, y no científico, y declaró expresamente que no era necesario decidir cuál de los puntos de vista de las partes estaba científicamente mejor fundado. No obstante, en realidad parece que la Corte sí aceptó las interpretaciones de Eslovaquia sobre la mayoría de las cuestiones técnicas y dictaminó que las afirmaciones de Hungría eran infundadas, sin explicar cómo se habían evaluado los daños que presuntamente el proyecto podía causar al medio ambiente.

b. *Causa relativa a las Plantas de celulosa (2010)*

58. La causa relativa a las *Plantas de celulosa* se originó en una controversia entre la Argentina y el Uruguay sobre la concesión por el Uruguay de una autorización para construir dos plantas de celulosa en el Río Uruguay, que en ciertos tramos constituye la frontera entre los dos Estados. En la demanda que presentó ante la Corte en mayo de 2006, la Argentina afirmaba que el Uruguay había violado el Estatuto de 1975 acordado entre los dos Gobiernos, en virtud del cual las partes debían “establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río”¹⁵⁷. La alegación de la Argentina tenía dos fundamentos: primero, la violación de la obligación procesal de información y consulta previas, y segundo, la violación de la obligación sustantiva de adoptar las medidas necesarias para preservar el medio ambiente y prevenir la contaminación¹⁵⁸. En relación con este último aspecto se debían abordar cuestiones muy técnicas o científicas, como la evaluación de la calidad del agua, los efectos de las descargas de efluentes, las emisiones gaseosas, la diversidad biológica y los ecosistemas. Ninguna de las partes nombró a un perito independiente en virtud del Artículo 51 del Estatuto. En lugar de ello, siguiendo la popular costumbre, ambas partes contrataron a peritos para que integraran sus equipos de defensa en calidad de asesores y peritos científicos. Además de las dos series de alegaciones, ambas partes presentaron una abundante cantidad de material fáctico y científico en apoyo de sus reclamaciones, como informes y estudios elaborados por los respectivos peritos que contenían reclamaciones y conclusiones contradictorias¹⁵⁹. Se presentaron como pruebas *ex parte*, junto con las alegaciones y documentos probatorios habituales, en apoyo de los argumentos de las partes respectivas.

Alegaciones de las partes sobre las cuestiones técnicas

59. Los argumentos expuestos en las alegaciones escritas y orales reflejan el carácter sumamente técnico de la causa, que planteaba cuestiones similares a las vistas en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* mencionada más arriba en relación con las alegaciones técnicas. La principal reclamación de la Argentina era la violación por el Uruguay de obligaciones sustantivas, a saber, de prevenir la contaminación y proteger la calidad de las aguas del río Uruguay y su ecosistema¹⁶⁰. Esa reclamación se basaba en el Capítulo X del Estatuto de 1975, titulado “Contaminación”, que obliga a las partes a “proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación”¹⁶¹. En el Estatuto de 1975 se definía la “contaminación” como “la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el

¹⁵⁷ Estatuto del Río Uruguay (aprobado el 26 de febrero de 1975), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1295, núm. 21425, pág. 331 y ss., en especial pág. 340, art 1.

¹⁵⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, solicitud de inicio de las actuaciones, párrs. 24 y 25; y *I.C.J. Pleadings 2007, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, memoria de la Argentina, vol. I, párr. 5.2.

¹⁵⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, párrs. 165 y 166.

¹⁶⁰ *I.C.J. Pleadings 2007, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, memoria de la Argentina, vol. I, párr. 5.3.

¹⁶¹ Art. 41 a).

medio acuático, de sustancias o energía de las que resulten efectos nocivos”¹⁶². La Argentina entendía por “contaminación” cualquier descarga de entidad suficiente para afectar la calidad de las aguas del río, incluido el ecosistema del río como diversidad biológica. Sobre la base de esta definición, la Argentina sostenía que las descargas de la planta de Botnia constituían contaminación, por lo que se violaba la obligación de prevenirla¹⁶³. De este modo, la Argentina afirmaba que el Uruguay no había llevado a cabo una evaluación del impacto ambiental completa y objetiva para determinar los efectos transfronterizos de la planta sobre el medio ambiente del río y sus zonas de influencia; no había empleado las mejores técnicas disponibles para prevenir la contaminación¹⁶⁴. Para refutar esa reclamación, el Uruguay afirmaba que la Argentina incurría en error al suponer que las descargas de la planta de Botnia en el río constituirían contaminación. Esto, a su vez, invalidaba el fondo de los argumentos de la Argentina sobre la utilización de las mejores técnicas disponibles, la ubicación de la planta, la idoneidad de la evaluación del impacto ambiental, la protección de la biodiversidad o el uso equitativo y razonable del río¹⁶⁵. En apoyo de este argumento, el Uruguay sostenía que el Estatuto de 1975 no imponía una prohibición categórica de las descargas en el río y que el término “contaminación” del Estatuto de 1975 debía interpretarse en el sentido de que las descargas solo constituían “contaminación” cuando alcanzaban cierto nivel de gravedad¹⁶⁶. El Uruguay concluía que la Argentina no había satisfecho la carga de la prueba en lo que respecta a su alegación de que las descargas de la planta de Botnia causarían un daño sensible al régimen del río o la calidad de sus aguas¹⁶⁷.

60. Las partes esgrimieron argumentos opuestos sobre las cuestiones técnicas, y en muchos casos presentaron pruebas contradictorias. Las cuestiones técnicas se centraban en la diferencia de interpretación por las partes de los estudios realizados por la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial, en los que se basaba la principal prueba presentada por el Uruguay. La Corporación había aprobado una inversión de 170 millones de dólares en la planta de Botnia con la condición de que esta “no causara ningún daño al medio ambiente”¹⁶⁸. En apoyo de sus afirmaciones, el Uruguay presentó con su contramemoria las conclusiones de un completo estudio científico realizado por la Corporación, el estudio de impacto acumulativo, en el que se había evaluado la planta de Botnia¹⁶⁹. Por su parte, la Argentina refutaba las conclusiones de la Corporación sobre todas las cuestiones técnicas y afirmaba que esta no había proporcionado una base técnica adecuada que permitiera responder a las preocupaciones acerca del impacto ambiental de la planta. Sostenía también que los criterios de calidad del agua empleados por la Corporación para la evaluación del impacto sobre la base de la dilución no eran adecuados; que no se reconocía la incertidumbre sobre el impacto ambiental; que no se habían señalado debidamente los efectos de invertir la dirección de la corriente; y que el análisis de la calidad del agua de las descargas de efluentes era insuficiente, entre otras cosas¹⁷⁰. Ambas partes

¹⁶² Art. 40.

¹⁶³ *I.C.J. Pleadings 2007, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, memoria de la Argentina, vol. I, párrs. 5.20 a 5.26.

¹⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 5.54, 5.78 y 8.4.

¹⁶⁵ *Ibid.*, contramemoria del Uruguay, vol. I, párr. 4.3.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 4.12.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 4.4.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párr. 5.1.

¹⁶⁹ *Ibid.* Véanse también cap. 5 (“The Conclusions of the International Finance Corporation and its independent experts”).

¹⁷⁰ *Ibid.*, memoria de la Argentina, vol. I, párr. 7.208.

siguieron criticando duramente la credibilidad de los peritos de la parte contraria en sus réplicas y en la segunda serie de alegaciones escritas¹⁷¹.

61. Las partes discrepaban sobre una serie de cuestiones científicas sumamente técnicas¹⁷². Las cuestiones planteadas eran complejas y requerían la integración de ciencias de la atmósfera, hidrología, biogeoquímica, zoología, ecología y ecotoxicología¹⁷³. Durante las vistas orales, ambas partes refutaron las interpretaciones de los datos hechas por los peritos de la parte contraria, no en calidad de peritos sino como asesores, en apoyo de los respectivos argumentos de la parte que los había contratado¹⁷⁴.

Tratamiento de las cuestiones técnicas por la Corte

62. Si bien parece haber sido perfectamente consciente de la dificultad de las cuestiones técnicas, la Corte decidió no recurrir a la asistencia prevista en el Estatuto y el Reglamento. En lo que respecta a la cuestión de la imparcialidad de los peritos, la Corte destacó que “le habría parecido más útil que las partes, en lugar de haberlos incluido en calidad de asesores en sus respectivas delegaciones, los hubiesen presentado como peritos en virtud de los artículos 57 y 64 del Reglamento de la Corte”¹⁷⁵. La Corte señaló además que las personas que prestaban declaración ante ella debían hacerlo en calidad de peritos “para que pudieran responder a las preguntas que les formulase la otra parte o la propia Corte”¹⁷⁶. En su opinión separada, el Magistrado Greenwood hizo especial hincapié en la importancia de distinguir esos distintos tipos de peritos: “... [l]a distinción entre la declaración de un testigo o un perito y el *alegato* de un abogado es fundamental para la correcta sustanciación del procedimiento contencioso ante la Corte”¹⁷⁷, ya que ambos tienen obligaciones diferentes para con esta. El Magistrado afirmó además que, si una persona que emitía un dictamen pericial sobre datos científicos intervenía ante la Corte en calidad de asesor o perito asesor, se “eludirían” las disposiciones del Reglamento que prevenían el interrogatorio de los peritos por la parte contraria y la propia Corte: “se desdibujaría de manera inaceptable la distinción entre declaración y alegato”¹⁷⁸. Dado que esa práctica “no solo no resultaba útil a la Corte, sino que además era injusta para la parte contraria”, el Magistrado insistió en que le complacía que “la Corte hubiera indicado inequívocamente que esa práctica no debería repetirse en el futuro”¹⁷⁹.

¹⁷¹ *Ibid.*, contramemoria del Uruguay, vol. I, cap. 6 (“The opinions of the experts retained by the parties”), párrs. 5.5 a 5.48; *I.C.J. Pleadings 2008, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, dúplica del Uruguay, párrs. 1.2, 4.3 y 4.59.

¹⁷² *I.C.J. Pleadings 2008, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, dúplica del Uruguay, párrs. 4.88, 6.29 y 6.61; e *ibid.*, réplica de la Argentina, párr. 3.8.

¹⁷³ Vista pública celebrada el miércoles 16 de septiembre de 2009, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090916-ORA-01-00-BI.pdf), pág. 37, párr. 1.

¹⁷⁴ Vista pública celebrada el lunes 14 de septiembre de 2009, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090914-ORA-01-00-BI.pdf), pág. 46, párr. 23; y vista pública celebrada el jueves 2 de octubre de 2009, a las 15.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20091002-ORA-01-00-BI.pdf), pág. 31, párr. 43.

¹⁷⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14 y ss., en especial pág. 72, párr. 167.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Greenwood, párr. 27.

¹⁷⁸ *Ibid.*, citando a Arthur Watts, “Enhancing the effectiveness of procedures of international dispute settlement” en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, Jochen A. Frowein y Rüdiger Wolfrum (eds.), (La Haya, Kluwer Law International, 2001), págs. 29 y 30.

¹⁷⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, opinión separada del Magistrado Greenwood, párr. 28. Véase *ibid.*, la opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párr. 6, en la que se expresó una preocupación similar.

63. En cuanto a la imparcialidad de la Corporación, si bien la Corte reconoció la existencia de una divergencia de opiniones sobre la fuerza probatoria del estudio realizado por esta, señaló simplemente que “la Corte no estima que, para resolver sobre la presente causa, sea necesario entrar en un debate general sobre el valor, la fiabilidad y la autoridad de los documentos y estudios elaborados por los peritos y consultores de las partes. Debe tener presente, solamente, que [...] le incumbe, al cabo de un atento examen del conjunto de elementos presentados por las partes, determinar qué hechos han de tomarse en consideración, apreciar su fuerza probatoria y sacar las conclusiones apropiadas”. Para concluir, la Corte señaló que, “fiel a su práctica, la Corte se pronunciará sobre los hechos, fundándose en los elementos de prueba que se le presentaron”¹⁸⁰. Como se ha indicado anteriormente, las pruebas incluían amplios estudios de ambas partes sobre los datos de las operaciones de la planta de celulosa, datos que cada parte interpretaba de manera diferente. La Corte, no obstante, desoyó los argumentos sobre la autoridad de las pruebas periciales y sacó sus propias conclusiones sobre los hechos. Refiriéndose a las diferentes interpretaciones de los datos que proporcionaron los peritos designados por las partes, así como las propias partes, la Corte señaló que “para apreciar el valor de los elementos de prueba que se le presentaron, la Corte sopesará y evaluará esencialmente los datos mismos, y no las interpretaciones divergentes que de ellos han hecho las partes o sus peritos y consultores”¹⁸¹. En su fallo, con respecto a la cuestión de la violación de la obligación sustancial, la Corte rechazó casi todas y cada una de las principales reclamaciones de la Argentina por falta de pruebas suficientes, o por ser infundadas, sin explicar el valor de las pruebas respectivas de las partes¹⁸².

64. La cuestión de los métodos empleados por la Corte en el tratamiento de las pruebas técnicas pareció provocar un importante enfrentamiento entre los magistrados: varios criticaron a la Corte por no ejercer los derechos que le reconocía el Artículo 50 y solicitar un dictamen pericial por su cuenta¹⁸³. En su extensa opinión disidente conjunta, los Magistrados Al-Khasawneh y Simma destacaron que la Corte por sí sola no estaba en condiciones de evaluar y sopesar adecuadamente complejas pruebas técnicas o científicas¹⁸⁴; afirmaron que la Corte debía haber nombrado a sus propios peritos o, al menos, ejercido su facultad de instar a las partes a que presentaran pruebas o explicaciones¹⁸⁵. También criticaron expresamente la costumbre de la Corte de utilizar “*experts fantômes*” (peritos fantasmas) sobre la base del principio de la buena administración de justicia, en una causa como esa, que excepcionalmente conllevaba numerosas cuestiones técnicas y fácticas, la adopción de un método pasivo y el recurso a “*experts fantômes*” privaría a la Corte de “transparencia, apertura y equidad procesal, y a las partes de la capacidad de formular observaciones al respecto o ayudar de otro modo a la Corte a comprender las pruebas que tiene ante sí”¹⁸⁶. Los Magistrados concluyeron que, por consiguiente, la evaluación de las pruebas científicas por la Corte había sido “deficiente” y que, al aferrarse “al método que acostumbraba a utilizar tradicionalmente” y renunciar voluntariamente a “la capacidad de examinar en su totalidad los hechos aducidos”, la Corte había

¹⁸⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14 y ss., en especial págs. 72 y 73, párr. 168.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 236.

¹⁸² *Ibid.*, párrs. 178 a 264.

¹⁸³ *Ibid.*, opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párr. 2; *ibid.*, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, párr. 151; *ibid.*, declaración del Magistrado Yusuf, párrs. 1 y 6.

¹⁸⁴ *Ibid.*, opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párrs. 3 y 4.

¹⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 7 a 13.

¹⁸⁶ *Ibid.*, párr. 14.

desperdiciado la oportunidad de consolidarse como órgano capaz de abordar pruebas científicas o técnicas¹⁸⁷.

65. El problema se puso de manifiesto durante las vistas orales, cuando algunos magistrados intentaron aclarar en mayor medida algunas cuestiones de hecho¹⁸⁸. Al final de la primera serie de alegaciones de la Argentina, el Magistrado Simma hizo seis preguntas: cinco dirigidas a ambas partes y una al Uruguay¹⁸⁹, todas con objeto de aclarar cuestiones puramente técnicas. El Magistrado Cançado Trindade también señaló en su opinión separada que la Corte debía haber recurrido a la asistencia de un perito en virtud del Artículo 50 para determinar los hechos de manera suficiente¹⁹⁰. El Magistrado Yusuf se sumó a las críticas con una declaración exclusivamente centrada en ese problema¹⁹¹. Así, un proceso contradictorio por el que las partes puedan formular observaciones sobre el dictamen pericial encargado por la Corte habría permitido a esta determinar mejor la pertinencia y la importancia de dicho dictamen y, además, la utilización de peritos designados por la Corte reforzaría la confianza de las partes en la evaluación técnica que haga la Corte de los datos científicos aportados por estas y así garantizaría la transparencia¹⁹². Siguiendo la tradición, las partes recurrieron a peritos asesores y la Corte no nombró a ningún perito en virtud del Artículo 50. La determinación de los hechos en esta causa llevó a los comentaristas a expresar preocupación por la actuación de la Corte en el tratamiento de las pruebas científicas, y muchos se hicieron eco de las críticas de los magistrados a la Corte por no haber designado peritos¹⁹³.

c. *Causa relativa a la Caza de la ballena en el Antártico (2014)*

66. La causa relativa a la *Caza de la ballena* también conllevó numerosas cuestiones técnicas y fácticas, con gran cantidad de pruebas científicas. La principal cuestión era si la caza de ballenas por el Japón constituía “investigación científica” y si era necesaria la utilización de métodos letales para el logro de sus objetivos científicos. A diferencia de las causas relativas al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* y las *Plantas de celulosa*, ambas partes designaron a peritos independientes que fueron interrogados en audiencia pública. Australia alegaba que, con la caza de ballenas, el Japón violaba las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena aprobada por la

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 2, 3, 13 y 17.

¹⁸⁸ Magistrado Simma, vista pública celebrada el jueves 17 de septiembre de 2009, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 67 y 68; y Magistrado Bennouna, vista pública celebrada el martes 29 de septiembre de 2009, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf), pág. 70.

¹⁸⁹ Vista pública celebrada el jueves 17 de septiembre de 2009, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20090917-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 67 y 68.

¹⁹⁰ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, párrs. 148 a 151.

¹⁹¹ *Ibid.*, declaración del Magistrado Yusuf, párrs. 1 a 5.

¹⁹² *Ibid.*, párr. 7. Véase también, *ibid.*, la opinión disidente conjunta de los Magistrados Al-Khasawneh y Simma, párrs. 13 y 14.

¹⁹³ Juan G. Sandouval Coustasse y Emily Sweeney-Samuelson, “Adjudicating conflicts over resources: the ICJ’s treatment of technical evidence in the *Pulp Mills* case”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1 (2011), págs. 447 a 471, en especial 455 a 462; Cymie Payne, “Mastering the evidence: improving fact finding by international courts”, *Environmental Law*, vol. 41, núm. 4 (2011), págs. 1191 a 1220; Michael J. McDermott, “International environmental disputes and the need for court-commissioned independent experts”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 34, supl. el. 67 (2011), págs. 67 a 80; Makane M. Mbengue, “International courts and tribunals as fact-finders: the case of scientific fact-finding in international adjudication”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34 (2011), págs. 53 a 80, en especial págs. 72 a 76; Foster, “New clothes for the emperor?” (véase la nota 139), págs. 140 a 146 y 164 a 172.

Comisión Ballenera Internacional¹⁹⁴. Con arreglo a la Convención, el Japón estaba obligado a abandonar toda caza de ballenas con fines comerciales después de 1986 (“la moratoria”)¹⁹⁵, así como la caza comercial de ballenas jorobadas y ballenas de aleta en el Santuario Ballenero Austral¹⁹⁶. Entretanto, inmediatamente después del comienzo de la moratoria, el Japón puso en marcha las fases primera (hasta 2005) y segunda (a partir de 2005) del Programa Japonés de Investigación Ballenera con Permiso Especial en el Antártico. Estos programas permitían al Japón cazar ballenas acogiéndose al artículo VIII de la Convención, en virtud del cual las partes pueden conceder a sus nacionales permisos especiales para matar, cazar y faenar ballenas para fines de investigación científica. La segunda fase del programa preveía la captura de tres especies en el Antártico: ballenas enanas, ballenas de aleta y ballenas jorobadas. Durante ese tiempo, cada año se produjeron varios miles de toneladas de carne en el contexto de la caza “científica” de ballenas por el Japón¹⁹⁷.

Argumentos de las partes y nombramiento de peritos

67. Los argumentos de ambas partes ponen de manifiesto el carácter sumamente técnico de la causa. Australia alegaba que la caza de ballenas llevada a cabo por el Japón en el marco de la segunda fase del programa no constituía investigación científica en el sentido de la definición de la Convención¹⁹⁸. En relación con este argumento, Australia había designado un perito, para su posterior interrogatorio en el juicio, que declaró que la segunda fase del programa no cumplía los requisitos para su calificación como programa legítimo para fines de investigación científica en el sentido del artículo VIII: no utilizaba métodos apropiados, ya que los métodos letales no eran necesarios ni eficaces para el logro de sus objetivos declarados; había fijado el tamaño de sus muestras a una escala sin precedentes sin justificación científica ni fecha de terminación; y apenas tenía en cuenta los posibles efectos adversos en las poblaciones de ballenas afectadas. Por estas razones, “el potencial [de la segunda fase del programa] para aportar nuevos conocimientos acerca de la conservación y la ordenación de las ballenas es muy escaso, por no decir nulo”¹⁹⁹. Apoyándose en las conclusiones de este perito, Australia concluyó que la caza de ballenas por el Japón en el marco de la segunda fase del programa podía calificarse de caza comercial de ballenas prohibida en el sentido de la Convención.

68. El Japón respondió a Australia en su contramemoria rebatiendo principalmente su interpretación errónea de tres cuestiones: el objetivo de la Convención; la finalidad, los métodos y la contribución científica de la segunda fase del programa; y la expresión “investigación científica” conforme al artículo VIII, que, para el Japón, constituía el meollo de la causa²⁰⁰. Así, el Japón afirmaba que la segunda fase del programa se ajustaba a la definición de “investigación científica” establecida en el artículo VIII. A diferencia de Australia, el Japón explicó esas alegaciones en el marco

¹⁹⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v Japan)*, solicitud de inicio de las actuaciones, pág. 2; y Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 161, núm. 2124, pág. 72.

¹⁹⁵ Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, art. V, párr. 1) e); y art. 10 e) de su anexo.

¹⁹⁶ Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena, art. V, párr. 1) c); y art. 7 b) de su anexo.

¹⁹⁷ *I.C.J. Pleadings 2011, Whaling in the Antarctic (Australia v Japan)*, memoria de Australia, vol. I, párr. 3.65.

¹⁹⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v Japan)*, solicitud de inicio de las actuaciones, pág. 8, párr. 11.

¹⁹⁹ *I.C.J. Pleadings 2011, Whaling in the Antarctic (Australia v Japan)*, memoria de Australia, vol. I, apéndice 2; Marc Mangel, “An assessment of japanese whale research programs under special permit in the Antarctic (JARPA, JARPA II) as programs for purposes of scientific research in the context of conservation and management of whales”, párr. 5.22.

²⁰⁰ *I.C.J. Pleadings 2012*, contramemoria del Japón, págs. 9 y 10, párr. 25; págs. 20 a 22, párrs. 59 a 61; y, en relación con el “meollo de la causa”, pág. 21, párr. 61.

de su argumentación ordinaria. El Japón sostenía que el objetivo de la segunda fase era recopilar datos científicos que contribuirían a realizar un “estudio” y una “evaluación completa”, por lo que no obedecía a objetivos económicos o comerciales²⁰¹. En cuanto a los métodos de la segunda fase del programa, el Japón señalaba que empleaba métodos letales y no letales, y que la elección entre ellos no dependía de intereses económicos, sino de los datos biológicos específicos que se necesitaban para lograr los objetivos de la investigación. En lo que respecta a los métodos letales, aducía que el tamaño de las muestras se calculaba de manera que fuera el mínimo necesario para obtener resultados estadísticamente significativos que permitieran cumplir los objetivos de la investigación y garantizar que las muestras letales no tuvieran un efecto negativo sobre la situación de las especies afectadas²⁰².

69. Australia hizo especial referencia a la causa relativa a las *Plantas de celulosa* en relación con el tratamiento de las pruebas periciales. En su memoria, citando el fallo de la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, confirmó que había garantizado que los autores de los informes adjuntos a la memoria estuvieran a disposición de la Corte para que esta los interrogara en calidad de peritos, atendiendo a la sugerencia hecha por la Corte en dicha causa de que el perito debía comparecer como persona independiente y ser interrogado en la vista. Australia finalmente nombró a dos peritos. En cambio, el Japón solo designó a un perito para que fuera interrogado en la vista, y este no incluyó ningún dictamen pericial en la contramemoria.

70. Durante las alegaciones orales, los peritos de ambas partes fueron interrogados en la vista. Primero respondieron a las preguntas de la parte que los había designado, luego fueron repreguntados por la parte contraria y por último fueron interrogados por la Corte. Aparte de algunos relativos a la interpretación de los textos convencionales, casi todos los argumentos de las partes se basaban en los dictámenes de sus respectivos peritos. De ahí que su interrogatorio en audiencia pública fuera la etapa más importante del proceso. Un buen ejemplo de este fenómeno se vio durante el turno de repreguntas: una de las cuestiones más debatidas fue si el tamaño de las muestras de las tres especies de ballenas establecido durante la segunda fase del programa era adecuado. Después de prestar declaración, el único perito convocado por el Japón fue repreguntado. En su declaración escrita como perito fisiólogo, este señaló que las cifras proporcionadas por los científicos japoneses eran “de una magnitud adecuada” para la obtención de un resultado claro en un plazo de seis años en el caso de muchas de las preguntas científicas; en el caso de otras preguntas, las muestras eran “manifiestamente demasiado pequeñas”²⁰³. No obstante, afirmó que “los científicos japoneses no siempre habían explicado de forma completamente transparente y clara la forma en que se calculaban los tamaños de las muestras”²⁰⁴. Ese fue un ejemplo de un dictamen determinante expresado durante un turno de repreguntas, que, al parecer, influyó enormemente en las deliberaciones de la Corte.

71. En la causa relativa a la *Caza de la ballena*, los magistrados también fueron inusualmente activos en los interrogatorios: el primer perito nombrado por Australia tuvo que responder a 11 preguntas de 6 magistrados diferentes²⁰⁵; el segundo perito de Australia, a 4 preguntas de 3 magistrados diferentes²⁰⁶; y, por último, el único

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 13, párr. 33; y pág. 294, párr. 5.139.

²⁰² *Ibid.*, págs. 13 y 14, párr. 36.

²⁰³ Lars Walløe, “Scientific review of issues raised by the memorial of Australia including its two appendices”, declaración del perito nombrado por el Japón, pág. 9. Puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/148/17418.pdf.

²⁰⁴ *Ibid.*, pág. 10.

²⁰⁵ Vista pública celebrada el jueves 27 de junio de 2013, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20130627-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 63 a 71.

²⁰⁶ Vista pública celebrada el jueves 27 de junio de 2013, a las 15.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20130627-ORA-02-00-BI.pdf), págs. 30 a 33.

perito del Japón tuvo que atender a 14 preguntas de 6 magistrados diferentes²⁰⁷. Todas estas preguntas se formularon con objeto de comprender mejor las cuestiones técnicas y discernir la realidad de la situación entre los argumentos y dictámenes contradictorios, en particular cuestiones como el inexplicable cambio drástico en el tamaño de las muestras y lo poco habitual que resultaba que los investigadores utilizaran métodos letales en ese ámbito. Los interrogatorios de la Corte, además, fueron interactivos, ya que los magistrados fueron ajustando sus preguntas con flexibilidad en función de las respuestas de los peritos. El otro hecho significativo es que —posiblemente por primera vez en la práctica de la Corte o, al menos, como práctica poco frecuente— los magistrados pudieron formular preguntas a los peritos sin informar a la Presidencia de antemano de su intención de hacerlo. Permitir que los magistrados formularan preguntas espontáneas fue una novedad sin precedentes en la práctica de la Corte contraria a lo dispuesto en el artículo 61, párrafo 3, del Reglamento, que dispone que, antes de formular preguntas, los magistrados darán a conocer su intención al Presidente.

Tratamiento de las cuestiones técnicas por la Corte

72. En el razonamiento de la Corte se puede ver claramente que los episodios mencionados del turno de repreguntas tuvieron gran influencia en su fallo. La Corte declaró que el permiso especial previsto en el artículo VIII debía interpretarse a la luz del objetivo de la Convención; que no se podía justificar una interpretación restrictiva ni expansiva; y que la cuestión de si la matanza, la caza y el faenado de ballenas con arreglo a un permiso especial solicitado era para fines de investigación científica no podía depender simplemente de la percepción de ese Estado²⁰⁸. A continuación, la Corte pasó a examinar el criterio objetivo para determinar la realización de una investigación científica y la expresión “para fines de investigación científica”²⁰⁹. La Corte reconoció que los peritos convocados por las partes no estaban de acuerdo sobre las condiciones para la utilización de métodos letales como investigación científica, destacando al mismo tiempo que sus conclusiones como científicos “debían distinguirse de la interpretación de la Convención, que incumbe a esta Corte”²¹⁰. La Corte, una vez más, destacó así que se trataba de una cuestión de interpretación jurídica, más que de una consideración fáctica de carácter científico.

73. Sin embargo, la Corte no examinó directamente la definición de investigación científica, sino que se limitó a afirmar que no necesitaba satisfacer los cuatro criterios señalados por Australia, ya que estos parecían reflejar en gran medida lo que el perito de Australia consideraba una investigación científica bien concebida, en lugar de constituir un medio de interpretación de la expresión empleada en la Convención. Por lo tanto, no era necesario formular criterios alternativos ni dar una definición general de investigación científica²¹¹. No obstante, más adelante en el fallo, la Corte finalmente concluyó en términos sencillos que las actividades de la segunda fase relacionadas con los muestreos letales podían calificarse en general de investigación científica, basando su conclusión en la observación de que el plan de investigación de la segunda fase respondía a cuatro objetivos de investigación comprendidos en las categorías de investigación definidas por el Comité Científico²¹². Por consiguiente, la Corte dictaminó que no era necesario examinar de manera general el concepto de “investigación científica”, y que su examen de las pruebas “se centraría en si la

²⁰⁷ Vista pública celebrada el miércoles 3 de julio de 2013, a las 15.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/148/148-20130703-ORA-02-00-BI.pdf), págs. 49 a 59.

²⁰⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2014, pág. 226 y ss., en especial págs. 250 a 253, párrs. 55 a 61.

²⁰⁹ *Ibid.*, párrs. 67 a 72.

²¹⁰ *Ibid.*, párr. 82.

²¹¹ *Ibid.*, párr. 86.

²¹² *Ibid.*, párr. 127.

matanza, la caza y el faenado de ballenas en el marco de [la segunda fase] era para fines de investigación científica”.

74. Por otra parte, en lo que se refiere al criterio de la expresión “para fines de investigación científica”, la Corte afirmó que se trataba de determinar si el diseño y la ejecución de un programa eran razonables en relación con el logro de los objetivos de la investigación declarados²¹³. Teniendo en cuenta este “criterio de examen”, la Corte procedió a evaluar si el diseño y la ejecución de la segunda fase eran “razonables” en relación con el logro de los objetivos de investigación declarados. La cuestión más importante en el examen de este aspecto era el grado de utilización de métodos letales, que venía determinado por el tamaño de las muestras²¹⁴. La Corte dedicó la mayor parte de la segunda mitad del fallo a esta cuestión. En particular, analizó exhaustivamente el tamaño específico previsto de las muestras de las tres especies de ballenas en cuestión, haciendo referencia a las declaraciones formuladas por el perito nombrado por el Japón durante la argumentación oral²¹⁵. Teniendo todos estos aspectos en cuenta, la Corte concluyó que las pruebas no demostraban que el diseño y la ejecución de la segunda fase del programa fueran razonables en relación con el logro de sus objetivos declarados²¹⁶.

75. En la causa relativa a la *Caza de la ballena*, ambas partes nombraron peritos para que fueran interrogados en la vista y, a su vez, la Corte intervino activamente en dicho interrogatorio; es más, las repreguntas a los peritos propiciaron la revelación de una importante información en la que se basó la decisión en gran medida. No obstante, la Corte siguió sin nombrar a sus propios peritos. Además, si bien tuvo en cuenta las pruebas periciales, la Corte no evaluó la definición general de investigación científica ni abordó las complejas cuestiones científicas que planteaba. En cambio, al destacar por qué se trataba de una cuestión de interpretación de un término jurídico de un tratado, se pronunció brevemente en el sentido de que los muestreos letales efectuados durante la segunda fase del programa eran en general investigación científica y separó esta cuestión del análisis de la expresión “para fines de investigación científica”. Esta parte del razonamiento fue criticada por el Magistrado Owada, quien declaró en su opinión disidente que la Corte había renunciado a tratar de definir qué se entendía por “investigación científica” al rechazar los criterios aducidos por el perito de Australia. Señaló además que la distinción entre “investigación científica” y “para fines de investigación científica” era “tan artificial que pierde cualquier sentido de la realidad cuando se aplica a una situación concreta”²¹⁷. Al menos, el razonamiento de la Corte sobre esta parte demuestra que sigue siendo reacia a fundamentar su decisión en una evaluación técnica de los hechos²¹⁸.

76. Por otra parte, algunos de los magistrados cuestionaron la aplicación por la Corte del “criterio de examen” y el criterio de razonabilidad. La Magistrada Xue afirmó en su opinión separada que era “evidente que el criterio de examen aplicado

²¹³ *Ibid.*, párr. 97.

²¹⁴ *Ibid.*, párr. 145.

²¹⁵ *Ibid.*, párr. 159.

²¹⁶ *Ibid.*, párrs. 182 a 198.

²¹⁷ *Ibid.*, párr. 86; e *ibid.*, opinión disidente del Magistrado Owada, párr. 23. La Magistrada Sebutinde (opinión separada, *ibid.*, párrs. 7 a 9), el Magistrado Yusuf (opinión disidente, *ibid.*, párr. 51) y la Magistrada Xue (opinión separada, *ibid.*, párrs. 14 a 16) también apoyaron al Magistrado Owada sobre esta cuestión.

²¹⁸ Lucas Carlos Lima afirma que la Corte volvió a evitar pronunciarse sobre cuestiones científicas contradictorias y establecer un criterio general para evaluar la fuerza probatoria de los dictámenes periciales. Véase Lucas Carlos Lima, “The evidential weight of experts before the ICJ: reflections on the *Whaling in the Antarctic case*”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6 (2015), págs. 621 a 635.

por la Corte debía centrarse en cuestiones jurídicas”²¹⁹; no obstante, la cuestión de si las actividades previstas en la segunda fase constituían investigación científica era una cuestión de hecho, y no de derecho, y “por lo tanto, debía ser objeto de un examen científico” y “no correspondía a la Corte determinar qué elementos de una investigación científica debían o no contener, ni tampoco dictaminar qué tipo de actividades constituían investigación científica”²²⁰. La Magistrada Xue señaló además que la Corte no necesitaba determinar si las actividades realizadas durante la segunda fase podían “calificarse en general de ‘investigación científica’”, y que la carga de la prueba debía haber recaído en Australia. En consecuencia, la Corte debía haber dictaminado simplemente que, sobre la base de las pruebas presentadas, Australia no había demostrado que las actividades realizadas durante la segunda fase debían satisfacer los cuatro criterios que había señalado. Esta declaración parece respaldar el principio de que la Corte domina el derecho pero las partes controlan los hechos, y no indica necesariamente que la Corte deba intervenir más activamente en la evaluación de los hechos. Desde un punto de vista similar, el Magistrado Owada también cuestionó el criterio de “razonabilidad” y señaló que, aunque en el fallo se abordaba la “evaluación científica” de la propia Corte con respecto a la cuestión de si los distintos aspectos sustantivos de las actividades de la segunda fase eran objetivamente razonables, cabía preguntarse si esa razonabilidad debía juzgarse en un contexto jurídico o científico. El Magistrado afirmó asimismo que, si se estaba hablando de un contexto científico, sería imposible que la Corte estableciera que determinadas actividades eran o no objetivamente razonables, desde el punto de vista científico, “sin proceder a un examen y a una evaluación tecnocientíficos del diseño y la ejecución [de las fases primera y segunda] [...], tarea que la Corte no podía realizar, ni debía intentar”²²¹.

77. En la medida en que la Corte evaluó cuestiones muy técnicas por su cuenta comparando las respectivas alegaciones de las partes sin recurrir a sus propios peritos, es inevitable hacer esa crítica²²². De hecho, la Corte parece haber eludido la cuestión de la definición general de “investigación científica” centrándose en la interpretación jurídica; en un intento por separar los aspectos jurídicos de los científicos, la Corte estableció una distinción entre las expresiones “para fines de investigación científica” e “investigación científica”. No obstante, como han criticado algunos de los magistrados, la Corte de hecho sí evaluó cuestiones muy científicas por su cuenta en el marco de su interpretación del derecho convencional, al tiempo que planteó interrogantes sobre la objetividad real del “criterio objetivo de examen” respecto del de razonabilidad²²³. Esta divergencia de opiniones entre los magistrados pareció

²¹⁹ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, opinión separada de la Magistrada Xue, párr. 13.

²²⁰ *Ibid.*, párr. 14.

²²¹ *Ibid.*, opinión disidente del Magistrado Owada, párr. 25.

²²² *Ibid.*, La opinión disidente del Magistrado Abraham pone de manifiesto que las mismas pruebas, declaraciones de peritos y alegaciones pueden llevar a un juez a conclusiones completamente diferentes. *Ibid.*, opinión disidente del magistrado Abraham, párrs. 44 a 48.

²²³ Sobre el hecho de que la Corte evitara definir “investigación científica”, véase Brendan Gogarty y Peter Lawrence, “The ICJ *Whaling* case: science, transparency and the rule of law”, *Journal of Law, Information and Science*, vol. 23 (2014), págs. 134 a 160, en especial pág. 134. El tratamiento por la Corte del criterio de examen en esta causa también suscitó un debate en la doctrina en relación con su objetividad. Guillaume Gros analiza en detalle la utilización del criterio de examen en esta causa en comparación con la práctica de la OMC: el hecho de que, ante una importante dificultad metodológica, la Corte evitara definir “investigación científica” pone de manifiesto la fragilidad del enfoque adoptado por esta y pone en duda la objetividad del criterio de examen (véase Guillaume Gros, “The ICJ’s handling of science in the *Whaling in the Antarctic* case: a whale of a case?”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, núm. 3 (2015), págs. 578 a 620, en especial pág. 597). Makane Moïse Mbengue y Rukmini Das señalan que, si bien la definición de “investigación científica” en esta causa entrañaba la interpretación de un tratado y el examen judicial de pruebas científicas, la Corte podía haber concretado

deberse en parte a su distinta formación jurídica: la mayoría de los magistrados que tenían una formación de derecho anglosajón apoyaban la evaluación por la Corte del criterio relativo a la expresión “para fines de investigación científica”, o no se aponían a dicha evaluación²²⁴. En cualquier caso, cabe destacar que la Corte se mostró más activa, atenta e interactiva durante las vistas orales a fin de comprender mejor las cuestiones de hecho de carácter técnico²²⁵.

d. *Causa relativa a la Fumigación aérea de herbicidas (2013)*

78. En la causa relativa a la *Fumigación aérea de herbicidas*²²⁶, el Ecuador alegaba que la fumigación aérea de herbicidas llevada a cabo por Colombia en lugares próximos a la frontera y a través de ella, dirigida a los cultivos de estupefacientes ilícitos, había causado graves daños a la salud de las personas y al medio ambiente en el Ecuador²²⁷. Después de estudiar las alegaciones, incluidos los informes técnicos, y en aplicación del artículo 61, párrafo 1, del Reglamento²²⁸, la Corte procedió de manera proactiva a facilitar a las partes, antes de la vista, una lista de cuestiones técnicas, a las que se calificó de algunas cuestiones de carácter técnico, y pidió a las partes que las trataran durante la vista oral²²⁹. La lista constaba de 13 preguntas, todas

suficientemente el criterio objetivo de examen utilizando la técnica de la OMC en relación con este concepto, que se estableció a fin de distinguir entre derecho y ciencia (véase Makane Moïse Mbengue y Rukmini Das, “The ICJ’s engagement with science: to interpret or not to interpret?”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, núm. 3 (2015), págs. 568 a 577, en especial págs. 574 a 576. En su análisis exhaustivo del criterio de examen, Stephen Tully criticó duramente a la Corte por utilizar el concepto en esta causa: al igual que ocurría con el concepto de margen de apreciación, esta metodología era una herramienta para remitirse a la autonomía de los Estados, lo que creaba confusión en los análisis jurídicos porque el razonamiento de la Corte con respecto al concepto de “razonabilidad” no era en absoluto evidente. Concluyó que, por consiguiente, la Corte había comprometido su autoridad jurisdiccional, por lo que esa metodología no debía influir a largo plazo en su arreglo de controversias (véase Stephen R. Tully, “Objective reasonableness’ as a standard for international judicial review”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, núm. 3 (2015), págs. 546 a 567, en especial págs. 554 a 567; y Enzo Cannizzaro, “Proportionality and margin of appreciation in the *Whaling* case: reconciling antithetical doctrines?”, *European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 4 (2016), págs. 1061 a 1069. Véase también *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, opinión disidente del Magistrado Owada, párrs. 29 a 40.

²²⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2014*, pág. 226, declaración del Magistrado Keith, párrs. 9 a 14; *ibid.*, opinión separada del Magistrado Greenwood, párr. 24; *ibid.*, opinión separada del Magistrado Bhandari, párr. 20; e *ibid.*, opinión separada de la Magistrada *Ad Hoc* Charlesworth, párr. 1.

²²⁵ Véase una opinión similar en F. L. Bordin, “Procedural developments at the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 13 (2014), págs. 223 a 260, en especial pág. 241.

²²⁶ Si bien la demanda en la causa relativa a la *Fumigación aérea de herbicidas* se había presentado a la Corte en 2008 (antes del inicio de la causa relativa a la *Caza de la ballena*), después de tres series de alegaciones escritas, se señaló el inicio de las vistas orales para el 30 de septiembre de 2013, unos dos meses y medio después de que concluyeran las vistas de la causa relativa a la *Caza de la ballena*. Véase la declaración del Magistrado Peter Tomka, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, en el desayuno ministerial sobre el tema “100 años de Palacio de la Paz: Promoción del marco para un arreglo pacífico de controversias”, Nueva York, 25 de septiembre de 2013 (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/6/18306.pdf), pág. 2.

²²⁷ *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, solicitud de inicio de las actuaciones, Registro General núm. 138, *I.C.J. Reports 2008*, párr. 2.

²²⁸ “La Corte podrá, en cualquier momento, antes o durante las vistas, indicar los puntos o problemas que desearía que trataran especialmente las partes o aquellos que considera que han sido suficientemente discutidos.”

²²⁹ Carta enviada a los Gobiernos del Ecuador y Colombia, 20 de junio de 2013. No obstante, la Corte subrayó que no “pedía documentos o pruebas adicionales”.

ellas relacionadas con la información científica sobre las sustancias fumigadas y los daños causados por dichas sustancias. Este intercambio podía haber llevado a la Corte a proceder a un examen efectivo de los peritos, que fueron informados de los aspectos técnicos específicos que la Corte quería que abordaran. No obstante, hubo un desistimiento de la causa apenas tres semanas antes de la fecha señalada para el comienzo de las vistas y las partes nunca declararon ante la Corte²³⁰.

79. En sus observaciones sobre la causa, el Magistrado Tomka, ex-Presidente de la Corte, afirmó que ambas partes habían presentado extensa correspondencia y voluminosas pruebas relativas a “hechos complejos, declaraciones testimoniales y consideraciones técnicas, científicas o periciales”, y recalcó que la Corte había desplegado considerables esfuerzos en la preparación de las vistas. Asimismo, señaló que causas técnicas como esta, por ejemplo las relativas a las *Plantas de celulosa* y la *Caza de la ballena*, “se situaban en la intersección entre el derecho y la ciencia”²³¹. En otra ocasión, el Magistrado destacó la forma en que ambas partes en la causa relativa a la *Fumigación aérea de herbicidas* habían reconocido que habría sido difícil llegar a un arreglo sin la intervención de la Corte, que ya había dedicado mucha energía a preparar la causa, “en particular en lo que respecta a la tramitación y evaluación del abundante material probatorio y al procedimiento relativo a las declaraciones de los testigos”. Por último, el Magistrado concluyó que el amplio tratamiento por la Corte de los hechos sumamente científicos y técnicos planteados en las causas relativas a la *Caza de la ballena* y a la *Fumigación aérea con herbicidas* indicaba que la Corte se estaba convirtiendo en “un órgano judicial eminentemente informado, sofisticado y abierto a la ciencia”²³².

e. *Causa relativa a la Construcción de una carretera (2015)*

80. Estas causas acumuladas se referían a una construcción en el río San Juan, cuyo brazo superior (el río Colorado) fluye enteramente dentro de Costa Rica, en tanto que el brazo inferior fluye dentro de Nicaragua y en algunos tramos forma una frontera a lo largo de la ribera derecha²³³. Se planteaban varias cuestiones técnicas importantes: en lo que respecta a la causa *Costa Rica c. Nicaragua*, a) si las actividades de dragado de Nicaragua en el bajo río habían creado artificialmente un caño en el territorio de Costa Rica o solo habían “despejado” un caño existente en el territorio de Nicaragua; y b) si Nicaragua había llevado a cabo una evaluación adecuada del impacto ambiental para evaluar los riesgos de daños transfronterizos antes de realizar las actividades de dragado²³⁴. En cuanto a la causa *Nicaragua c. Costa Rica*, la Corte debía determinar: a) si Costa Rica había realizado una evaluación del impacto ambiental antes de

²³⁰ *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, providencia de 13 de septiembre de 2013, *I.C.J. Reports 2013*, pág. 278 y ss., en especial pág. 279 (cancelación del Registro General).

²³¹ Declaración del Magistrado Peter Tomka, (véase la nota 226 *supra*), pág. 2; véase también el discurso pronunciado por el Magistrado Peter Tomka en el 66° período de sesiones de la Comisión, 22 de julio de 2014 (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/press-releases/6/18376.pdf).

²³² *Ibid.*, pág. 9.

²³³ *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)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665 y ss., en especial pág. 691, párr. 56. La controversia sobre el alcance de los derechos de navegación de Costa Rica en el río San Juan había sido resuelta por la Corte en *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, fallo, *I.C.J. Reports 2009*, pág. 213.

²³⁴ *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)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665 y ss., en especial pág. 694, párr. 63, y pág. 705, párr. 100.

construir una carretera cuyo trazado recorría parte de la frontera entre los dos Estados y del río; y b) si la construcción había causado daños sensibles en el río²³⁵.

81. Las partes nombraron peritos independientes y presentaron extensas declaraciones de peritos a la Corte. La Corte explicó los métodos para el interrogatorio de los peritos, con arreglo a los cuales las repreguntas debían limitarse al contenido de la declaración escrita o los informes anteriores del perito; el interrogatorio complementario se limitaría a cuestiones planteadas en las repreguntas; y el calendario detallado para el interrogatorio de los peritos sería decidido por las partes, a quienes se invitaba a indicar el tiempo exacto que pensaban dedicar a repreguntar a cada perito²³⁶. Costa Rica presentó dos peritos y Nicaragua cinco, que tuvieron que responder a repreguntas de la parte contraria, así como a las preguntas de los magistrados. Los magistrados interrogaron activamente a los peritos en las series primera²³⁷ y segunda²³⁸. Hicieron preguntas detalladas con objeto de comprender mejor el significado o el alcance de ciertos aspectos, términos y cifras técnicos planteados en la causa, o de obtener información adicional sobre las cuestiones que, a su juicio, no habían quedado establecidas o carecían de fundamento suficiente. Al igual que en la causa relativa a la *Caza de la ballena*, el interrogatorio practicado por los magistrados se desarrolló de manera interactiva, con muchas preguntas y respuestas complementarias.

82. La Corte abordó todas las cuestiones técnicas de manera concisa en su fallo. Al tratar de determinar si había un riesgo de daño transfronterizo sensible en las actividades de dragado de Nicaragua, afirmó simplemente que “[h]abiendo examinado las pruebas existentes en el expediente de la causa, incluidos los informes presentados y el testimonio prestado por los peritos convocados por ambas partes”, podía concluir que el programa de dragado no era de características tales que pudieran provocar un riesgo de daño transfronterizo sensible, por lo que Nicaragua no estaba obligada a elaborar un informe de evaluación del impacto ambiental²³⁹. La Corte basó su decisión en un estudio llevado a cabo por Nicaragua en 2006, sin evaluar ninguno de los argumentos esgrimidos por Costa Rica para refutar las conclusiones de dicho estudio. Al afirmar que la construcción de la carretera por Costa Rica comportaba un riesgo de daño transfronterizo sensible, la Corte basó su conclusión en una breve evaluación de la naturaleza y la magnitud del proyecto: la escala del proyecto de la carretera era considerable, con 160 km de largo; su ubicación era cercana al río; y estaba previsto que la carretera atravesara sitios protegidos en virtud de la Convención de Ramsar, lo que aumentaba el riesgo de daños sensibles debido a la especial fragilidad del medio ambiente afectado²⁴⁰. Una vez más, la Corte no evaluó los argumentos refutatorios de los peritos de Costa Rica.

²³⁵ *Ibid.*, párrs. 64, 146 y 174.

²³⁶ *Ibid.*, párrs. 34 y 37.

²³⁷ Vista pública celebrada el martes 14 de abril de 2015, a las 15.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20150414-ORA-02-00-BI.pdf), págs. 38 a 44; y vista pública celebrada el viernes 17 de abril de 2015, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20150417-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 46 a 53.

²³⁸ Cuatro peritos de Nicaragua comparecieron ante la Corte: vista pública celebrada el lunes 20 de abril de 2015, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/152/152-20150420-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 35 a 38; vista pública celebrada el lunes 20 de abril de 2015, a las 15.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/152/152-20150420-ORA-02-00-BI.pdf), págs. 17 a 23; vista pública celebrada el viernes 24 de abril de 2015, a las 10.00 horas (puede consultarse en www.icj-cij.org/files/case-related/152/152-20150424-ORA-01-00-BI.pdf), págs. 18 y 19 y págs. 51 a 53.

²³⁹ *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)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665 y ss., en especial pág. 707, párr. 105.

²⁴⁰ *Ibid.*, párr. 155.

83. La Corte también examinó una serie de cuestiones muy científicas, entre ellas si la construcción de la carretera causaba daños sensibles al aumentar la cantidad total de sedimento en el río, con el consiguiente perjuicio para la morfología, la calidad del agua y los ecosistemas del río. Ante estas complejas cuestiones, la Corte señaló lo siguiente: “Incumbe a la Corte, al cabo de un atento examen de todas las pruebas incluidas en el expediente, apreciar su fuerza probatoria, determinar qué hechos han de tomarse en consideración y sacar las conclusiones apropiadas. Fiel a su práctica, la Corte se pronunciará sobre los hechos, fundándose en la totalidad de los elementos de prueba que se le presentaron, y luego aplicará las normas pertinentes de derecho internacional a los hechos que a su juicio hayan quedado probados” (cita la causa relativa a las *Plantas de celulosa*)²⁴¹.

84. En esta causa, la Corte mantuvo su tendencia a basar su decisión en los dictámenes periciales y los argumentos de las partes “no refutados”. Aunque no podía decidir en cuanto a la credibilidad de las declaraciones de los peritos (sobre la cantidad total de sedimento), y a pesar de la naturaleza sumamente técnica de la causa y de la solicitud de una de las partes, la Corte no recurrió a un perito nombrado de oficio, o, al menos, no nombró a ningún perito de conformidad con el Artículo 50. No obstante, hizo considerables esfuerzos por comprender mejor las cuestiones técnicas y evaluar la credibilidad de las declaraciones de los peritos durante las vistas orales²⁴².

85. Para concluir esta sección sobre las causas pertinentes de la Corte Internacional de Justicia, se podría resumir que, en las causas relativas al *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros* y las *Plantas de celulosa*, la Corte adoptó en general un enfoque tradicional respecto de las cuestiones técnicas, mientras que, en la causa relativa a la *Caza de la ballena*, ambas partes nombraron a peritos que fueron interrogados por la Corte. Es evidente que, en esa causa, la Corte ya era más consciente que antes de la necesidad de abordar los hechos técnicos de una manera particular, y parece estar adoptando un enfoque que la obliga a desempeñar un papel más activo en la determinación de los hechos. No obstante, cabe señalar que, en la causa relativa a la *Caza de la ballena*, la Corte pudo pronunciarse sobre las cuestiones técnicas precisamente gracias a los procedimientos contradictorios —los turnos de repreguntas—, y no a sus métodos inquisitivos. Aún se observa que la Corte sigue manteniendo una actitud prudente en su enfoque. Sin embargo, en sus últimas causas, la Corte ha asumido claramente un papel más activo en la determinación de los hechos, yendo más allá de la tradicional estructura contradictoria utilizada a este respecto. La Corte preparó preguntas detalladas sobre cuestiones técnicas en la causa relativa a la *Fumigación aérea de herbicidas*. En las causas acumuladas relativas al *Río San Juan*, si bien la Corte no designó a peritos por su cuenta, interrogó a los peritos designados por las partes incluso con más intensidad que en la causa relativa a la *Caza de la ballena*. En su última causa relativa a la *Delimitación marítima*, la Corte nombró a sus propios peritos. Aunque lentamente y con prudencia, es evidente que la Corte ha variado de manera reconocible su enfoque respecto de las cuestiones científicas de carácter técnico.

2. Determinados principios jurídicos en la evaluación de las pruebas científicas²⁴³

86. Los tribunales y cortes internacionales deben tener en cuenta determinados principios jurídicos en la evaluación de las pruebas científicas: a) *non ultra petita*, b) *iura novit curia*, y c) el criterio de valoración de la prueba, como se explica a continuación.

²⁴¹ *Ibid.*, párr. 176.

²⁴² *Ibid.*, párr. 206.

²⁴³ El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a Mariko Fukasaka por haber redactado esta sección del presente informe.

a. Non ultra petita

87. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que la función de la Corte es “decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas”²⁴⁴. La Corte no puede juzgar cuestiones que las partes no le hayan sometido. Se trata de un principio general establecido del procedimiento judicial, conocido como la norma *non ultra petita* (no más allá de lo pedido), que está aceptado en los tribunales y cortes internacionales²⁴⁵. Los límites que impone la norma *non ultra petita* influyen en el tratamiento de los hechos por la Corte: esta mantiene una actitud pasiva en el tratamiento de los hechos y solo examina las afirmaciones fácticas y las pruebas presentadas por las partes. Por tanto, con un examen de hechos no afirmados o pruebas no presentadas por las partes se puede correr el riesgo de ir más allá del alcance del objeto de la controversia o reclamación establecido por las partes, lo que vulneraría la norma *non ultra petita* si la decisión tiene en cuenta esos hechos y pruebas. La práctica de la Corte demuestra que el objeto de la controversia se determina en función de afirmaciones no solo jurídicas, sino también fácticas. Con arreglo al principio de *non ultra petita*, la Corte no podrá pronunciarse sobre la base de hechos que no han sido afirmados o alegados por las partes.

88. Como ha señalado el Magistrado Fitzmaurice, el hecho que la Corte debe determinar es el “hecho relativo” o “hecho judicial”, y no el “hecho absoluto”²⁴⁶. Se trata de una característica fundamental del sistema contradictorio, que centra la atención en lo que se revela en el curso de la confrontación entre las partes en el litigio, y no en la verdadera realidad del conflicto. Por consiguiente, el principio de *non ultra petita* llevaría a la Corte a fundamentar su decisión en hechos convenidos entre las partes y a evitar el examen de los hechos controvertidos. Ello puede acentuar la tendencia de la Corte a evitar en la medida de lo posible el examen de hechos técnicos contradictorios y en cambio abordar principalmente hechos no controvertidos, menos complicados.

b. Iura novit curia

89. No obstante, hay otro aspecto que debe considerarse: el principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), también establecido en el derecho internacional²⁴⁷. En la Corte Internacional de Justicia, en general, se entiende que este principio establece que corresponde a la Corte en primera instancia determinar el derecho aplicable a los hechos probados, con independencia de que ese derecho en particular haya sido demostrado o afirmado por alguna de las partes: la Corte se ocupa del derecho. Por lo tanto, el principio de *iura novit curia* destaca la competencia general de la Corte en la aplicación y la interpretación del derecho. No obstante, en las causas que se juzgan, la aplicación e interpretación del derecho entraña la evaluación de la fuerza probatoria y la pertinencia de los hechos y las pruebas. Como la Corte afirma constantemente, una de sus funciones judiciales también es valorar la importancia de los hechos y las pruebas en la aplicación del derecho. Por tanto, la norma *iura novit*

²⁴⁴ Robert Kolb, “General principles of procedural law”, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2ª ed., Andreas Zimmermann y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 870 a 908.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág. 895. Véase también Mariko Kawano, “The role of judicial procedures in the process of the pacific settlement of international disputes”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 346 (2011), págs. 70 a 80.

²⁴⁶ Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2 (Cambridge (Reino Unido), Grotius, 1986), págs. 524 a 533.

²⁴⁷ El principio de *iura novit curia* se examina con mayor frecuencia en el contexto de la identificación del derecho internacional consuetudinario por la Corte, pero también se tiene en cuenta en el contexto de las reglas de prueba.

curia también influye en el papel de la Corte en la determinación de los hechos. Así pues, en virtud de este principio, la Corte tiene que “conocer” hechos como parte del derecho. Ello se debe a que, en las causas que se juzgan, la forma de enmarcar *jurídicamente* una controversia está intrínsecamente relacionada con la forma de elaborar, presentar y abordar los argumentos *fácticos*. Así, el principio de *iura novit curia* exigiría a la Corte una comprensión suficiente de las cuestiones técnicas.

90. Por consiguiente, la norma *iura novit curia* pone un límite a la restricción impuesta por la norma *non ultra petita*. En su análisis del límite del principio de *non ultra petita*, Gerald Fitzmaurice afirmó que la “máxima *iura novit curia* implica que el tribunal conoce y aplicará el derecho, con independencia de lo que las partes digan u omitan decir”, lo que supone basar su razonamiento en consideraciones de hecho y de derecho, que pueden ser distintas de las invocadas por las partes²⁴⁸. Por lo tanto, la norma *iura novit curia* puede permitir, o incluso exigir, a la Corte examinar cuestiones de hecho que no han sido abordadas por las partes, en virtud de la correcta aplicación del derecho internacional. En el tratamiento de las cuestiones técnicas, ese examen de oficio a menudo solo puede hacerse con la asistencia de peritos.

91. No obstante, otra cuestión es cuán lejos requiere realmente el principio *iura novit curia* que vaya la Corte para evaluar la pertinencia de los hechos y la fuerza probatoria de las pruebas. Como parte de sus funciones judiciales inherentes, la Corte saca su propia conclusión sobre la base de una evaluación de los hechos técnicos y, en muchos casos, ha evitado el tratamiento de cuestiones técnicas y ha alcanzado una conclusión sin ofrecer ninguna explicación concreta. Por lo tanto, la evaluación de los hechos, es decir, la determinación de los hechos y de su fuerza probatoria, suele perderse en la aplicación e interpretación del derecho y tiene únicamente una función figurada y teórica. Este problema también está relacionado con la cuestión más fundamental de si puede haber una separación entre los hechos y el derecho.

92. El problema es que el principio de *iura novit curia* parte intrínsecamente de la premisa de que en el fallo puede haber una separación entre los hechos y el derecho. Además, hay muchos casos en que la Corte califica ciertas cuestiones de “jurídicas”, haciendo así que queden en su ámbito de discreción. No obstante, en las causas que se juzgan, la línea entre “hecho” y “derecho” a menudo es imprecisa²⁴⁹. En términos generales, esa imprecisión tiene dos caras. La primera se refiere a los hechos técnicos, como se pone de manifiesto en la causa relativa a la *Caza de la ballena*: por ejemplo, la evaluación de la razonabilidad del diseño y la ejecución de la segunda fase del programa de caza de ballenas en relación con sus presuntos objetivos como investigación científica. La razonabilidad es un concepto jurídico, pero, al mismo tiempo, su interpretación y aplicación requieren la comprensión y evaluación de hechos muy técnicos. La línea entre el derecho y el hecho se vuelve sumamente imprecisa en esas causas técnicas. El segundo tipo de imprecisión se deriva de la dificultad general de separar el hecho del derecho en las causas que se juzgan. Cualquier hecho es afirmado por las partes partiendo de la premisa de que se le aplicará un determinado derecho. En otras palabras, un hecho planteado por las partes ante la Corte no puede ser un hecho simple o supuesto, sino que debe tener un efecto jurídico determinado que dé lugar a la aplicación del derecho previsto.

93. Habida cuenta de la borrosa línea entre el hecho y el derecho, es imposible no preguntarse cuál es el alcance del principio de *iura novit curia* en la Corte, y ello porque el alcance del principio de *iura novit curia* sería el alcance del derecho, que viene determinado por la Corte. El alcance del derecho definirá también el alcance

²⁴⁸ Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (véase la nota 246 *supra*), pág. 531.

²⁴⁹ Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals* (La Haya, Kluwer Law International, 1996), págs. 42 a 49.

del hecho, que se considera que en gran medida queda en manos de las partes. La importante cuestión que se plantea en este caso es, como cuestión de derecho, ¿cuánta discrecionalidad tiene la Corte para determinar la pertinencia y la fuerza probatoria de las pruebas técnicas? y ¿hasta qué punto requiere el principio de *iura novit curia* que la Corte comprenda *realmente* los hechos técnicos? Como cuestión jurídica, por una parte, es una función judicial fundamental de la Corte evaluar adecuadamente las pruebas; por otra parte, no obstante, precisamente porque es una cuestión jurídica, entra dentro de la facultad discrecional inherente a la Corte evaluar los hechos —la autoridad, la fuerza probatoria, el peso, etc.— como considere oportuno. Esta cuestión es particularmente pertinente, ya que a menudo la Corte se ha centrado en cuestiones jurídicas evitando entrar en cuestiones técnicas como medio de evaluar los hechos como cuestión de derecho; la evaluación de las cuestiones de hecho de carácter técnico suele quedar absorbida por el razonamiento jurídico sin que la Corte explique cómo ha evaluado realmente las pruebas técnicas.

94. La cuestión del alcance del derecho también se plantea cuando la Corte evalúa los mismos hechos de manera muy diferente a como lo han hecho las partes, lo que afecta a la suficiencia de las alegaciones de las partes sobre los hechos. Este dilema puede plantearse también cuando la Corte aplica un determinado derecho que no ha sido invocado por las partes, lo que las obliga a aportar nuevas pruebas fácticas para apoyar o impugnar el derecho inesperadamente aplicado. Si todas estas actividades de la Corte se enmarcan en sus funciones puramente jurídicas, entonces los hechos conexos también podrán abordarse como la Corte considere apropiado. Por consiguiente, la determinación del alcance del principio de *iura novit curia* es un paso necesario para comprender el alcance y los límites de la función de la Corte en la constatación de los hechos. Caroline Foster ha estudiado que las causas juzgadas en cortes y tribunales internacionales relativas a incertidumbres científicas suelen entrañar cuestiones mixtas de hecho y de derecho, y que en ellas no está clara la distinción entre el hecho y el derecho²⁵⁰.

95. En la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, la Corte procuró sacar conclusiones a partir de las pruebas presentadas en su caso, y “pronunciarse sobre los hechos” para aplicarles las normas pertinentes²⁵¹. En su fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros*, la Corte describió la situación de hecho señalando que “Checoslovaquia informó a Hungría de que se vería obligada a tomar medidas unilaterales si esta persistía en su negativa a reanudar las obras”²⁵². Esto se presenta como una descripción de una situación de hecho, cuando en realidad está trufada de elementos que solo podría articular o concebir una persona con formación jurídica. Del mismo modo, en la causa relativa a las *Plantas de celulosa*, cuando la Corte evaluó “informaciones fácticas y científicas” presentadas por las partes para establecer los hechos alegados por recaer en ellas la carga de la prueba según había confirmado la Corte, esta declaró que, “[l]os elementos recogidos indicaban, más bien, que no se había podido establecer un claro vínculo entre las descargas de la planta Orión (Botnia) y las malformaciones de rotíferos”²⁵³; o que “los elementos incorporados al expediente no establecían claramente que se hubieran introducido en el medio acuático sustancias de las que resultarían efectos nocivos como consecuencia

²⁵⁰ Chittharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pág. 58; y Foster, *Science and the Precautionary Principle* (véase la nota 139 *supra*), págs. 137 a 148.

²⁵¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial págs. 72 y 73, párr. 168.

²⁵² *Gabčíkovo-Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 47, párr. 61, y pág. 76, párr. 133.

²⁵³ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 14 y ss., en especial pág. 100, párr. 262.

de las emisiones atmosféricas de la planta Orión (Botnia)”²⁵⁴. Todas estas expresiones, como “claro vínculo”, “descargas”, “malformaciones”, “efectos nocivos”, “introducido en el”, “medio ambiente” y “emisiones”, tienen ciertas connotaciones jurídicas, especialmente porque “efectos nocivos” es una expresión jurídica de un tratado pertinente en la causa. Estas declaraciones tienen tantas implicaciones jurídicas que ni siquiera se ve claramente si la Corte estaba constatando hechos o explicando los efectos jurídicos de esa constatación de hechos.

96. Los comentaristas describen las cuestiones científicas como cuestiones mixtas de hecho y de derecho²⁵⁵ no fácilmente clasificables como jurídicas o fácticas. El Magistrado Yusuf afirma en su declaración en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* que la función de los peritos es esclarecer los hechos y aclarar la validez científica de los métodos utilizados para establecer los hechos o reunir datos; mientras que corresponde a la Corte valorar la fuerza probatoria de los hechos²⁵⁶. Caroline Foster señala que la diferencia entre las funciones respectivas de los magistrados y los peritos radica en la distinción entre lo particular y lo general: los peritos deben ofrecer su interpretación de las cuestiones científicas en relación con la causa de que se trate; mientras que los magistrados se encargan de las implicaciones más generales a largo plazo de la forma en que un término jurídico se interpreta y aplica en una causa determinada²⁵⁷.

97. Sobre la base de la norma *iura novit curia*, la Corte puede, en principio, aplicar cualquier derecho a un hecho, y, en teoría, puede evaluar las pruebas y sacar las conclusiones que considere apropiadas (siempre que respete la norma *non ultra petita*), ya que se trata siempre de cuestiones jurídicas. Habida cuenta de su función judicial y con arreglo al principio de *iura novit curia*, la Corte debe comprender suficientemente el significado de cada hecho técnico conexo planteado en la causa de que se trate como lo haría un perito: se trata de una cuestión jurídica. A tal efecto, se alienta a la Corte a que solicite la asistencia de peritos o pida a las partes que presenten nuevas pruebas o explicaciones adicionales; una vez más, la Corte debe asegurarse de que las partes tengan la oportunidad de formular observaciones sobre las conclusiones de los peritos o sobre las pruebas o dictámenes adicionales que presente la parte contraria.

c. *Criterio de valoración de la prueba*

98. Por último, tal vez convendría incluir una referencia al criterio de valoración de la prueba: es el criterio por el cual el juez decide si la parte que alega ciertos hechos ha logrado probar esos hechos a satisfacción del juez²⁵⁸, es decir, el grado de persuasión necesario²⁵⁹. La Corte Internacional de Justicia tiende a evitar explicar en exceso el criterio de valoración de la prueba cuando se ha referido a este ocasionalmente (a menudo de manera incoherente, incluso en la misma causa), por ejemplo con las expresiones “fuera de toda duda”, “más allá de toda duda razonable”, “concluyente”, “suficiente”, “sobre la base de las distintas pruebas” y “claras y convincentes”²⁶⁰. No obstante, en algunas causas, la Corte ha parecido aplicar como

²⁵⁴ *Ibid.*, párr. 264.

²⁵⁵ Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (nota 250 *supra*), pág. 58; y Foster, *Science and the Precautionary Principle* (véase la nota 139 *supra*), párrs. 137 a 148.

²⁵⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, declaración del Magistrado Yusuf, párr. 10.

²⁵⁷ Foster, *Science and the Precautionary Principle* (véase la nota 139 *supra*), págs. 145 a 147.

²⁵⁸ Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* (nota 249 *supra*), pág. 323.

²⁵⁹ Kevin M. Clermont y Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (2002), pág. 244.

²⁶⁰ Riddell y Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (véase la nota 139 *supra*), págs. 126 a 137; y Katherine Del Mar, “The International Court of Justice and standards of proof”, en *The ICJ and the Evolution of International Law: the enduring impact of the Corfu*

criterio de valoración de la prueba “la preponderancia de la prueba”²⁶¹. La “preponderancia de la prueba” es un criterio que suele aplicarse en las causas civiles del *common law*, a diferencia del criterio utilizado en el derecho continental, que requiere un grado de probabilidad mucho mayor para las causas civiles y penales, a saber, “más allá de toda duda razonable”²⁶². Con arreglo al criterio de la preponderancia de la prueba, los jueces simplemente deben dictaminar qué parte ha presentado las pruebas más convincentes, en lugar de determinar si la prueba ha rebasado un determinado umbral de probabilidad fijo. Así, en las causas que conllevan cuestiones de hecho especialmente numerosas, la Corte tiende a rebajar el criterio de valoración de la prueba para que los magistrados puedan llegar a una conclusión²⁶³.

99. La Corte también puede utilizar este método para abordar los hechos técnicos. El Magistrado Greenwood señaló en la causa relativa a las *Plantas de celulosa* que “consideraba que la causa se inscribía claramente en la categoría de causas que requerían un criterio de valoración de la prueba menos riguroso” debido a la naturaleza de las controversias ambientales: esas controversias no eran tan graves como las causas sobre genocidio y la aplicación de un criterio de valoración de la prueba más riguroso podía hacer que al Estado le resultara prácticamente imposible satisfacer la carga de la prueba. Por consiguiente, el Magistrado llegó a la conclusión de que la parte sobre la que recaía la carga de la prueba únicamente debía establecer los hechos “según el cálculo de las probabilidades (denominado a veces criterio de ponderación de la prueba)”²⁶⁴.

100. Por tanto, en las causas que conllevan numerosas cuestiones técnicas y fácticas, la Corte también puede rebajar el criterio de valoración de la prueba, si es necesario, y simplemente ponderar las respectivas pruebas presentadas por las partes para alcanzar una conclusión. Al utilizar esta técnica, aun cuando no le satisfagan las pruebas de ninguna de las partes, la Corte no tendrá que investigar cuestiones de hecho de carácter técnico a fin de llegar a una conclusión. De esta manera, un criterio de valoración de la prueba menos riguroso podría evitar a la Corte el examen de complejas cuestiones de hecho. Además, la flexibilidad de la Corte con respecto al criterio de valoración de la prueba puede verse reforzada por el hecho de que las normas que regulan las cuestiones probatorias en general en la Corte —como la admisibilidad de las pruebas y las inferencias y presunciones adicionales al criterio de valoración de la prueba— son considerablemente menos específicas que las previstas por los tribunales nacionales²⁶⁵. Al contar con normas menos establecidas y detalladas sobre las cuestiones probatorias, la Corte inevitablemente dispone de una amplia facultad discrecional general para evaluar la pertinencia y la fuerza probatoria de las pruebas.

Channel case, Karine Bannelier, Theodore Christakis y Sarah Heathcote (eds.) (Abingdon, Routledge, 2012), págs. 98 a 123, en especial págs. 99 y 100.

²⁶¹ Por ejemplo, *Frontier Dispute*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial págs. 587 y 588, párrs. 64 y 65.

²⁶² Clermont y Sherwin, “A comparative view of standards of proof” (véase la nota 259 *supra*), págs. 245 y 246.

²⁶³ Del Mar, “The International Court of Justice and standards of proof” (véase la nota 260 *supra*), págs. 100 a 106, quien afirma que, en las causas de delimitación, la función judicial de la Corte es “declarativa”, por lo que aplica un criterio de valoración de la prueba relativamente laxo.

²⁶⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, opinión separada del Magistrado Greenwood, párr. 26.

²⁶⁵ Durward V. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, ed. revisada (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975), págs. 8 a 15; Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues* (véase la nota 249 *supra*), págs. 240, 241, 325 y 326; y Riddell y Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (véase la nota 139 *supra*), págs. 2 a 4.

3. Jurisprudencia de otros tribunales

101. En esta sección se examina brevemente la actuación de otros tribunales de carácter permanente, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y el sistema de solución de diferencias de la OMC, con respecto a las pruebas científicas. Los tribunales regionales y los tribunales arbitrales *ad hoc* pueden tener sus propios procedimientos, que no se abordan aquí.

102. El artículo 289 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece lo siguiente: “En toda controversia en que se planteen cuestiones científicas o técnicas, la corte o tribunal que ejerza su competencia conforme a esta sección podrá, a petición de una de las partes o por iniciativa propia, seleccionar en consulta con las partes por lo menos dos peritos en cuestiones científicas o técnicas elegidos preferentemente de la lista correspondiente, preparada de conformidad con el artículo 2 del anexo VIII, para que participen sin derecho a voto en las deliberaciones de esa corte o tribunal”. En el caso *Southern Bluefin Tuna*, el Japón afirmó ante el Tribunal de Arbitraje establecido con arreglo al anexo VII que la controversia era más científica que jurídica, porque la preocupación primordial se refería “únicamente a la exactitud de determinadas predicciones y opiniones científicas”. El Tribunal de Arbitraje observó que “la controversia no se limitaba únicamente a cuestiones de opinión científica”²⁶⁶. Ni el Tribunal ni las partes nombraron a peritos en el caso. En cambio, el Tribunal de Arbitraje en el caso *South China Sea* recurrió activamente a sus propios peritos: de conformidad con el artículo 24, párrafo 1, de su reglamento, el Tribunal nombró a un perito hidrógrafo y a otro perito en seguridad de la navegación. También nombró a tres científicos peritos en arrecifes de coral, que dieron su opinión independiente sobre el impacto ambiental de las obras de construcción de China en los sistemas de arrecifes de coral²⁶⁷. Sobre la base de sus informes, el Tribunal concluyó “con respecto a la protección y preservación del medio marino en el mar de China Meridional: a) que la recuperación de tierras y la construcción de islas artificiales, instalaciones y estructuras por parte de China había causado graves daños irreparables al ecosistema de arrecifes de coral”²⁶⁸.

103. En cuanto a la solución de diferencias de la OMC, el artículo 13, párrafo 2, del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias establece que “[l]os grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte

²⁶⁶ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan)*, laudo sobre competencia y admisibilidad, decisión de 4 de agosto de 2000, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIII (núm. de venta E/F.04.V.15), págs. 1 a 57, párrs. 40 a) y 65.

²⁶⁷ Corte Permanente de Arbitraje, *South China Sea Arbitration, Philippines v. China*, laudo, caso núm. 2013-19, 12 de julio de 2016, párrs. 58, 85, 88 y 90. En este contexto, el tratamiento de las pruebas por parte del Tribunal en el caso *Philippines v. China*, en el que China no participó en las actuaciones, ofrece una información importante y pertinente: de conformidad con el artículo 9 del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en caso de incomparecencia, el Tribunal debe asegurarse de que “la pretensión está bien fundada en cuanto a los hechos y el derecho”, retomando el texto del Artículo 53 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Tribunal explicó que ese Artículo tenía por objeto equilibrar los riesgos de los perjuicios que pudiera sufrir cualquiera de las partes en caso de incomparecencia e insistió extensamente en su intención de salvaguardar los derechos procesales de ambas partes al haber “adoptado diversas medidas para que ambas partes tuvieran la oportunidad de tratar cuestiones concretas de interés para el pronunciamiento del Tribunal” y de abordar las cuestiones que el Tribunal considerase que “no se habían examinado o se habían examinado de manera insuficiente”, máxime teniendo en cuenta que Filipinas había expresado su preocupación por la posible situación de desventaja en que podía encontrarse debido a la falta de participación de China (*ibid.*, párrs. 116 a 128).

²⁶⁸ Parte dispositiva, apartado B, párr. 13 a).

en la diferencia”. En virtud de esta disposición, en el asunto *Camarones*, el Grupo Especial de la OMC seleccionó a cinco peritos científicos²⁶⁹ y consultó con ellos sobre cuestiones relativas a la conservación de las tortugas de mar²⁷⁰. Además, los grupos especiales de la OMC suelen nombrar a peritos científicos en las diferencias planteadas en relación con el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de conformidad con el artículo 11, párrafo 2, del Acuerdo, que dispone que “[e]n una diferencia examinada en el marco del presente Acuerdo en la que se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia”²⁷¹. Los grupos especiales también están autorizados a establecer “un grupo de expertos técnicos que preste asesoramiento en cuestiones de naturaleza técnica que exijan una detallada consideración por expertos” y “[a] petición de una parte en una diferencia, o por iniciativa propia” en virtud del artículo 14, párrafo 2, del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio²⁷².

104. En vista de lo que antecede, se propone el siguiente proyecto de directriz:

Proyecto de directriz 12: Arreglo de controversias

1. Las controversias relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos de conformidad con lo establecido en el Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, o el recurso a organismos o acuerdos regionales.

2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, se deben tomar debidamente en consideración las normas y procedimientos relativos, entre otras cosas, a la utilización de peritos para asegurar la adecuada evaluación de las pruebas científicas, en caso de que esas controversias deban resolverse mediante arbitraje o procedimientos judiciales. Los peritos pueden ser designados por cada parte y repreguntados por la parte contraria. También pueden ser designados por el tribunal o corte al que se haya sometido la controversia.

3. En el arreglo judicial de las controversias relativas a la protección de la atmósfera puede tomarse en consideración, en su caso, que el principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) no solo es aplicable al derecho, sino también a los hechos, lo que requiere la necesaria evaluación de pruebas científicas, a condición de

²⁶⁹ Informe del Grupo Especial de la OMC, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/R, aprobado el 6 de noviembre de 1998, párr. 5.6. El Relator Especial expresa su profundo agradecimiento a Yuka Fukunaga por su contribución a la presente sección.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 5.1.

²⁷¹ Véanse, por ejemplo, informe del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/R/USA, aprobado el 13 de febrero de 1998, secc. VI y párrs. 8.5 a 8.9; e informe del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS48/R/CAN, aprobado el 13 de febrero de 1998, secc. VI y párrs. 8.5 a 8.9. Véase también Yuka Fukunaga, “Experts in WTO and investment litigation”, en *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti y Franz X. Stirnimann (eds.) (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013), págs. 135 a 168, en especial págs. 142 a 150.

²⁷² Véase, por ejemplo, informes del Grupo Especial de la OMC, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R y WT/DS293/R, aprobados el 21 de noviembre de 2006, párrs. 7.12 a 7.30.

que no se exceda el ámbito de la controversia de conformidad con la norma *non ultra petita* (no más allá de lo pedido).

V. Conclusión

105. Hasta la fecha, la Comisión ha aprobado provisionalmente proyectos de directriz que contienen ciertas obligaciones, así como recomendaciones, relativas a la protección de la atmósfera. En el presente informe se ha reafirmado que la consecuencia intrínseca y lógica es que los Estados cumplan esas obligaciones de buena fe en el marco de su derecho interno. Los mecanismos de vigilancia del cumplimiento previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente están destinados a facilitar el cumplimiento por los Estados de las obligaciones que les incumben. El informe también se ha centrado en el arreglo de las controversias relativas a la protección de la atmósfera, que tienden a conllevar numerosas cuestiones fácticas y científicas respecto de las cuales las pruebas científicas tienen una importancia fundamental.

106. Con este quinto informe, el Relator Especial espera que la Comisión concluya la primera lectura del tema en 2018, y la segunda lectura, sobre la base de su sexto informe, en 2020.

Anexo I

Proyecto de directrices y preámbulo sobre la protección de la atmósfera aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

Preámbulo

...

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias contaminantes y degradantes se producen en la atmósfera,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Consciente también, en particular, de la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido a la elevación del nivel del mar,

Observando que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende “llenar” lagunas de los regímenes convencionales ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,

[Tal vez se añadan nuevos párrafos y se cambie el orden de los ya existentes en una fase ulterior.]

...

Directriz 1: Términos empleados

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 que contribuyan a producir efectos nocivos 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.

Directriz 2: Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices [contiene principios rectores relativos] [se refiere] a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.
2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.
3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.
4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta al estatus del espacio aéreo con arreglo al derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

[Las formulaciones alternativas que figuran entre corchetes volverán a examinarse.]

Directriz 3: Obligación de proteger la atmósfera

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

Directriz 4: Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Directriz 5: Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe hacerse de manera sostenible.
2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Directriz 6: Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Directriz 7: Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 8 [5]: Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, para proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.
2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la

degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

Directriz 9: Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.
2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.
3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por la elevación del nivel del mar.

Anexo II

Proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en su quinto informe

Proyecto de directriz 10: Aplicación

1. Los Estados han de aplicar en su derecho interno las obligaciones establecidas por el presente proyecto de directrices con respecto a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La aplicación nacional adopta la forma de medidas legislativas, administrativas y judiciales.
2. Todo incumplimiento de las obligaciones equivalente a su violación da lugar a la responsabilidad de los Estados con arreglo al derecho internacional si las acciones u omisiones les son atribuibles y el daño o riesgo queda demostrado con pruebas claras y convincentes.
3. Los Estados también deben aplicar de buena fe las recomendaciones contenidas en el presente proyecto de directrices.
4. La aplicación extraterritorial del derecho interno por un Estado es admisible cuando existan motivos fundados en el derecho internacional. Debe ejercerse con prudencia, teniendo en cuenta la cortesía entre los Estados de que se trate. Un Estado no debe imponer la aplicación extraterritorial de su derecho interno en ninguna circunstancia.

Proyecto de directriz 11: Cumplimiento

1. Los Estados han de cumplir de manera efectiva las disposiciones del derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera de conformidad con las normas y los procedimientos de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente pertinentes.
2. En caso de incumplimiento, se pueden adoptar fórmulas para la facilitación y/o el cumplimiento obligatorio, según proceda.
3. Las medidas de facilitación incluyen la prestación de asistencia de manera transparente, no contenciosa y no punitiva a los Estados que han incumplido sus obligaciones internacionales para velar por que las cumplan, teniendo en cuenta su capacidad y sus condiciones especiales.
4. Las fórmulas para el cumplimiento obligatorio incluyen las advertencias en caso de incumplimiento, la suspensión de los derechos y privilegios previstos en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente pertinentes, así como otras formas de sanción. Esas medidas solo deben adoptarse a fin de inducir a los Estados que hayan incumplido las obligaciones establecidas a que vuelvan a cumplirlas.

Proyecto de directriz 12: Arreglo de controversias

1. Las controversias relativas a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica han de resolverse por medios pacíficos de conformidad con lo establecido en el Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, o el recurso a organismos o acuerdos regionales.
2. Habida cuenta de que esas controversias pueden conllevar numerosas cuestiones fácticas y de verificación científica, se deben tomar debidamente en consideración las normas y procedimientos relativos, entre otras cosas, a la utilización de peritos para asegurar la adecuada evaluación de las pruebas científicas, en caso de que esas

controversias deban resolverse mediante arbitraje o procedimientos judiciales. Los peritos pueden ser designados por cada parte y repreguntados por la parte contraria. También pueden ser designados por la corte o el tribunal al que se haya sometido la controversia.

3. En el arreglo judicial de las controversias relativas a la protección de la atmósfera puede tomarse en consideración, en su caso, que el principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) no solo es aplicable al derecho, sino también a los hechos, por lo que requiere la necesaria evaluación de pruebas científicas, a condición de que no se exceda el ámbito de la controversia de conformidad con la norma *non ultra petita* (no más allá de lo pedido).
